



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

**SCUOLA DI DOTTORATO IN DIRITTO SOVRANAZIONALE E DIRITTO
INTERNO**

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO COMPARATO

AMBITO DISCIPLINARE IUS/02

XXIV CICLO

I DANNI PUNITIVI

*Riflessioni in chiave comparatistica sui sistemi
di common law e di civil law*

Tesi di dottorato di

Sofia Scrima

Tutor

Ch.mo Prof. Mario Serio

Coordinatore

Ch.mo Prof. Guido Smorto

INDICE

INTRODUZIONE.....	1
-------------------	---

CAPITOLO I

I DANNI PUNITIVI NEGLI ORDINAMENTI DI *COMMON LAW*: ASPETTI GENERALI

1. Introduzione all’istituto del risarcimento punitivo negli ordinamenti di <i>common law</i>	4
2. Ricostruzione del fenomeno in chiave storica: cenni.....	8
3. Il modello polifunzionale alla base dell’istituto.....	17

CAPITOLO II

I DANNI ESEMPLARI NEL SISTEMA INGLESE

1. Il modello inglese delle “categorie”	33
2. La prima casistica inglese	42
3. L’ <i>an</i> del risarcimento esemplare: il <i>category test</i>	44
4. Il risarcimento esemplare come rimedio discrezionale. Fattori che indirizzano la discrezionalità del giudice o della giuria.....	64
5. Ulteriori limitazioni incidenti sull’ <i>an</i> del risarcimento esemplare	69
6. Il <i>quantum</i> del risarcimento esemplare	73
7. La responsabilità per fatto altrui	81
8. La copertura assicurativa del danno esemplare.....	84
9. La ibrida figura degli aggravated damages	86
10. Alcuni rilievi critici preliminari.....	90

CAPITOLO III

I DANNI PUNITIVI NEL SISTEMA STATUNITENSE

1. Considerazioni preliminari.....	93
2. L’ <i>an</i> del risarcimento punitivo.....	97

3. Il <i>quantum</i> del risarcimento punitivo	102
4. Il processo costituzionale	105
5. Il problema della responsabilità punitiva multipla.....	119
6. Limiti “interni” al <i>quantum</i> liquidabile.....	121
7. Misure volte alla redistribuzione del danno punitivo liquidato	123
8. Il ruolo delle giurie.....	126
9. Ulteriori profili processuali: cenni	128
10. Rilievi critici conclusivi	131

CAPITOLO IV

I SISTEMI DI RESPONSABILITÀ CIVILE DELL’EUROPA CONTINENTALE: TENTATIVI DI RILETTURA IN CHIAVE POLIFUNZIONALE

1. Premessa. I sistemi di responsabilità civile dei Paesi di <i>civil law</i> e il dogma della natura esclusivamente compensativa del risarcimento del danno.	136
2. La prospettiva internazionalprivatistica. <i>L’exequatur</i> nei confronti di sentenze straniere recanti condanna al risarcimento punitivo.....	138
3. Le suggestioni provenienti dal diritto europeo.....	146
4. I progetti di riforma del <i>Code Civil</i> francese tra tradizione ed innovazione	150
5. Il risarcimento del danno non patrimoniale tra soddisfazione, punizione e prevenzione	156
6. Considerazioni conclusive	172
Bibliografia.....	175
Casi giurisprudenziali citati.....	192

INTRODUZIONE

Il risarcimento punitivo costituisce uno fra gli istituti più affascinanti ed al contempo controversi¹ del diritto privato dei Paesi di *common law* e, come è affermazione ricorrente in dottrina, uno degli istituti più rappresentativi dell'ordinamento statunitense, all'interno del quale esso ha conosciuto senz'altro la più larga applicazione pratica, cui si è accompagnata una vasta riflessione sia sugli aspetti pratici del fenomeno sia sulle ricadute di teoria generale del diritto, di cui è testimonianza la imponente mole di letteratura in materia.

Il fenomeno, tra l'altro, ha a più riprese destato l'attenzione dei giuristi continentali² spinti ora da curiosità intellettuale nei confronti di un istituto che è apparso, nelle sue multiformi sfaccettature, fondamentalmente estraneo alla tradizionale configurazione che i rimedi avverso gli illeciti assumono in quegli ordinamenti, ora da un più vivo interesse per le potenzialità che esso sia in grado di disvelare, *de iure condendo*, all'occhio attento di quegli osservatori che siano sensibili alle tematiche della prevenzione e della deterrenza dei comportamenti socialmente indesiderati tramite gli strumenti del diritto privato e del cd. *private enforcement*.

A destare l'attenzione degli ambienti giuridici del Continente hanno, inoltre, contribuito, in qualche misura e almeno ad uno stadio iniziale, quelle occasioni di "incontro forzato" nelle quali le Corti di vari Paesi europei sono state chiamate a misurarsi con il risarcimento punitivo, seppure nella limitata prospettiva del riconoscimento di sentenza straniera recante condanna al pagamento di una somma a titolo punitivo. In tali occasioni, la questione principale è stata quella di verificare la compatibilità di tali decisioni con la *lex fori* sotto il profilo dell'ordine pubblico che, come è noto, nei vari ordinamenti internazional-privatistici, è limite invalicabile che presidia i valori primari dell'ordinamento del foro rispetto all'ingresso al suo interno del diritto straniero.

Il dato certamente interessante, che immediatamente colpisce lo studioso del diritto comparato, consiste nella circostanza che, non appena ci si accosti all'istituto in esame, *civil law* e *common law* sembrano trasformarsi in due mondi

¹ Così DOBBS, *Law of remedies*, vol. I, Saint Paul, 1993, 452; POLINSKY, SHAVELL, *Punitive damages: an economic analysis*, in *Harv. L. Rev.*, 1998, 870.

² Si vedano, ad esempio, le due recenti pubblicazioni di carattere collettaneo che ospitano contributi relativi a diversi Paesi europei: KOZIOL, WILCOX, *Punitive Damages: common law and civil law perspectives*, Vienna, 2009; MEURKENS, NORDIN, *The power of punitive damages: is Europe missing out?*, Cambridge, 2012.

a parte³, segnandosi così un punto a favore di quelle teoriche che privilegino la dimensione della separatezza delle due famiglie giuridiche occidentali, piuttosto che quella della loro unitarietà in un'unica tradizione giuridica.

Il fenomeno non è d'altronde trascurabile, né può essere liquidato come semplice differenza tra due istituti del diritto privato sul piano strettamente operativo. Esso, infatti, tocca uno degli istituti nevralgici dei diritti privati moderni, la responsabilità civile, e non in un semplice aspetto marginale, concernente modalità e tecniche di determinazione del risarcimento del danno, ma nelle basi più profonde che ne modellano la fisionomia, cioè le funzioni e gli scopi che l'ordinamento assegna all'istituto e che ne segnano la ragion d'essere.

Allargando ancor più l'angolo prospettico da cui si osserva il fenomeno, è possibile risalire direttamente alle diverse modalità con cui le due famiglie giuridiche tracciano e percepiscono la distinzione tra diritto pubblico e privato, tra diritto civile e penale, potendo esso costituire la cartina al tornasole di diverse sensibilità per mezzo delle quali l'ordinamento nel suo complesso viene immaginato, sentito, percepito dagli operatori del diritto, privilegiandosi ora la coerenza della logica ora la prospettiva funzionalistica.

La prima parte del lavoro è dedicata allo studio del fenomeno dei *punitive damages* all'interno della famiglia di *common law*.

All'analisi degli aspetti generali dell'istituto è dedicato il primo capitolo, che ha come suo punto di riferimento ideale l'intero panorama degli ordinamenti di *common law*. In particolare, se ne analizzano origini storiche e profili funzionali, disvelando la presenza all'interno dell'istituto di una vera e propria pluralità di anime diverse, spesso operanti in competizione tra loro.

I due capitoli successivi sono dedicati all'analisi della fisionomia che l'istituto assume in due diversi ordinamenti, rispettivamente quello inglese e quello statunitense.

Il caso inglese rappresenta un *unicum* all'interno della famiglia di *common law*, caratterizzato da una restrizione notevole e, in un certo senso, artificiosa delle ipotesi nelle quali il rimedio risarcitorio punitivo è esperibile.

Si anticipa fin d'ora che l'impressione complessiva che si ricava dalla sua analisi è che la attuale disciplina sia il frutto di un compromesso mal riuscito tra il rispetto della tradizione e l'ansia di superamento di quello che è apparso come un retaggio storico ormai non in linea con le esigenze del diritto moderno.

Il diritto statunitense si situa esattamente all'opposto.

Come avvenuto in altri settori del diritto, esso è divenuto l'ordinamento giuridico di riferimento all'interno della famiglia di *common law*, offrendo sul tema soluzioni e teoriche esportate negli altri Paesi. Va da sé, dunque, che esso rappresenti il paradigma di riferimento quando si parla di *punitive damages*.

L'ultimo capitolo è dedicato agli ordinamenti di *civil law*.

³ Così, KOZIOL, *Punitive damages: admission into the seventh legal heaven or eternal damnation? Comparative report and conclusions*, IN KOZIOL, WILCOX, *Punitive Damages*, cit., 275.

Nell'osservazione della realtà continentale si prende in considerazione la giurisprudenza in materia di *exequatur* a sentenze straniere recanti condanna a risarcimenti punitivi quale punto di partenza per saggiare le reazioni, spesso quasi emotive, degli interpreti di *civil law* rispetto al tema del risarcimento punitivo. Il vero cuore dell'analisi dedicata a tali ordinamenti consiste nell'interrogativo circa la declinabilità in senso polifunzionale della responsabilità civile, in parziale superamento del dogma della *réparation intégrale*. A tale interrogativo si tenterà di offrire risposta, scegliendo quale angolo prospettico da cui osservare i sistemi di responsabilità civile di Germania, Francia ed Italia il tema del risarcimento del danno non patrimoniale.

CAPITOLO I

I DANNI PUNITIVI NEGLI ORDINAMENTI DI *COMMON LAW*: ASPETTI GENERALI

1. Introduzione all'istituto del risarcimento punitivo negli ordinamenti di *common law*

Il fascinoso fenomeno giuridico dei “*punitive damages*”⁴ sembra collocarsi in una nebulosa zona di confine tra il dominio proprio del diritto civile e quello del diritto penale⁵.

Ed infatti, in via di prima definizione,⁶ si tratta di una somma di denaro che nel corso di un processo civile può⁷ essere riconosciuta in favore dell'attore, in aggiunta al risarcimento liquidato a titolo compensativo, in ragione della particolare caratterizzazione della condotta del convenuto, il quale si sia reso

⁴ Il fenomeno giuridico in questione, tipicamente considerato un prodotto del *common law*, ha di recente attirato l'attenzione del legislatore cinese. Ed infatti, la nuova legge in materia di responsabilità civile, adottata dal legislatore cinese nel dicembre del 2009 ed entrata in vigore il 1 luglio 2010, non soltanto dichiara tra i suoi scopi la punizione e la prevenzione degli illeciti ma, all'art. 47, introduce il rimedio del danno punitivo nel contesto della responsabilità da prodotti. Sul punto v. ASCHER, *Punitive damages under the new chinese tort liability law*, *China European Law Journal*, 2013, 185 ss.

⁵ L'affermazione è ricorrente all'interno della letteratura di *common law*, cfr. *ex multis* OWEN, *The moral foundations of punitive damages*, in *Alabama Law Review*, 1989, 705; ELLIS, *Fairness and efficiency in the law of punitive damages*, in *S. Cal. L. Rev.*, 1982-1983, 2; CHAPMAN, TREBILCOCK, *Punitive damages: divergence in search of a rationale*, *Alabama Law Review*, 1989, 742.

⁶ Cfr. OWEN, *A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform*, in 39 *Vill. L. Rev.*, 364. La definizione è volutamente generica, in quanto inclusiva di tutti gli ordinamenti di *common law*. Gli aspetti specifici inerenti ai singoli ordinamenti ed, in particolare, inglese e statunitense, saranno oggetto di specifica considerazione nel prosieguo del lavoro.

⁷ Dato comune a quasi tutti gli ordinamenti che conoscono l'istituto è il carattere discrezionale dello stesso; cfr. *McKinnon v. Kwong Wah Restaurant*, 83 F.3d 498, 34 Fed. R. Serv. 3d 445; *Mar Oil, S.A. v. Morrissey*, 982 F.2d 830 (2d Cir. 1993); *Harris v. L & L Wings, Inc.*, 132 F.3d 978 (4th Cir. 1997); *Nissen v. Hobbs*, 417 P.2d 250; *Ditto v. McCurdy*, 86 Haw. 84, 947 P.2d 952 (1997); *Cheney v. Palos Verdes Inv. Corp.*, 104 Idaho 897, 665 P.2d 661 (1983); *Philip Morris Inc. v. Angeletti*, 358 Md. 689, 752 A.2d 200 (2000); *Summers ex rel. Dawson v. St. Andrew's Episcopal School, Inc.*, 759 So. 2d 1203, 145 Ed. Law Rep. 830 (Miss. 2000); *Poeppel v. Fisher*, 175 Mont. 136, 572 P.2d 912 (1977); *Evans v. Dean Witter Reynolds, Inc.*, 116 Nev. 598, 5 P.3d 1043 (2000); *Chagnon v. Union Leader Corp.*, 103 N.H. 426, 174 A.2d 825 (1961); *Cabakov v. Thatcher*, 37 N.J. Super. 249, 117 A.2d 298 (App. Div. 1955); *Watson v. Dixon*, 352 N.C. 343, 532 S.E.2d 175, 146 Ed. Law Rep. 555 (2000); *Parker v. Artery*, 889 P.2d 520 (Wyo. 1995); WILBY, BENNETT, *The Law of Damages*, cit., 42 ss.

colpevole di una grave e flagrante violazione dei diritti dell'attore⁸. Le finalità che tradizionalmente vengono annesse all'istituto sono la punizione del convenuto per la sua condotta oltraggiosa e la deterrenza nei confronti dello stesso e del resto dei consociati affinché si astengano da comportamenti simili nel futuro.⁹

Quanto alla natura giuridica dell'istituto, le definizioni che gli interpreti di *common law* ne offrono sembrano concordare sulla circostanza che si tratti di un ibrido, che convoglia alcuni aspetti di carattere prettamente civilistico con altri di spiccata natura penalistica.¹⁰ Ed infatti, l'istituto trova applicazione nell'ambito di

⁸ La condotta illecita su cui si appunta il risarcimento punitivo si caratterizza per una spiccata colorazione in termini soggettivi. Questa viene descritta all'interno della dottrina e della giurisprudenza dei paesi di *common law* attraverso un ampio spettro di aggettivi: *intentional, malicious, wilful, wanton, oppressive, reckless* e simili. Ognuno di essi coglie in qualche misura una particolare sfumatura di quello che si caratterizza come un atteggiamento soggettivo che oltrepassa la soglia della semplice colpa, talora assumendo la connotazione del dolo, talaltra qualificandosi come manifesta indifferenza nei confronti dell'altrui diritto o, in alcuni ordinamenti, come negligenza talmente grossolana da essere parificata *quoad effecta* al dolo.

⁹ Cfr. la definizione offerta dal §908 del *Restatement (Second) of Torts* a mente del quale «(1) *Punitive damages are damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and to deter him and others like him from similar conduct in the future.*

(2) *Punitive damages may be awarded for conduct that is for conduct that is outrageous, because of the defendant's evil motive or his reckless indifference to the rights of others, in assessing punitive damages, the trier of fact can properly consider the character of the defendant's act, the nature and extent of the harm to the plaintiff that the defendant caused or intended to cause and the wealth of the defendant*»; conforme la classica definizione offerta nell'ordinamento inglese da Lord Devlin nel *leading case* *Rookes v Barnard and Others*, [1964] A.C. 1129: «*exemplary damages are essentially different from ordinary damages. The object of damages in the usual sense of the term is to compensate. The object of exemplary damages is to punish and deter*»; cfr. anche la definizione offerta dal C.J. Knox nel caso australiano *Whitfield v De Lauret & Co. Ltd*, (1920) 29 CLR 71: «*damages may be either compensatory or exemplary. Compensatory damages are awarded as compensation for and are measured by the material loss suffered by the plaintiffs. Exemplary damages are given only in cases of conscious wrongdoing in contumelious disregard of another's rights*»; per il diritto canadese si veda il caso *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, [2002] S.C.J. No. 19, ove il giudice Binnie afferma: «*punitive damages are awarded against a defendant in exceptional cases for "malicious, oppressive and high-handed" misconduct that "offends the court's sense of decency": ... the test thus limits the award to misconduct that represents a marked departure from ordinary standards of decent behaviour. Because their objective is to punish the defendant rather than compensate a plaintiff (whose just compensation will already have been assessed), punitive damages straddle the frontier between civil law (compensation) and criminal law (punishment)*».

¹⁰ È ricorrente, ad esempio, l'affermazione secondo cui il risarcimento punitivo costituisce una forma di «*civil fine*», di sanzione punitiva civile, nel senso di pena amministrata nell'ambito di un'azione civile ma che è volta a servire l'interesse della società, consistente nella punizione del convenuto per il proprio comportamento antisociale e nella realizzazione di obiettivi di deterrenza speciale o generale. Sulla base di una tale ricostruzione, la circostanza che ad essere beneficiario dal risarcimento sia l'attore è semplice conseguenza di carattere incidentale rispetto allo scopo principale del rimedio punitivo e diviene, al contempo, incentivo alla persecuzione su base privata dei comportamenti socialmente indesiderati: cfr. *Darcars Motors of Silver Spring, Inc. v Borzym*, 150 Md. App. 18, 818 A.2d 1159 (2003); sulla caratterizzazione come pena volta alla protezione dell'interesse pubblico: *Mosing v Domas*, 830 So. 2d 967 (La. 2002), 974; *International Broth. of Elec. Workers v Foust*, 442 U.S. 42, 99 S. Ct. 2121, 60 L. Ed. 2d 698 (1979); *Ayala v. Washington*, 679 A.2d 1057 (D.C. 1996); *Finstad v W.R. Grace & Co.*, 2000 MT 228, 301 Mont. 240, 8 P.3d 778 (2000). Altrove se ne riconosce la natura quasi-penale: cfr. *U.S. v Balistrieri*, 981 F.2d 916 (7th Cir. 1992); *Cheatham v Pohle*, 789 N.E.2d 467 (Ind. 2003); *Smith v. Wade*, 461 U.S. 30, 59

un processo civile, qualificandosi come una voce risarcitoria che, a certe condizioni, può essere liquidata in favore dell'attore. Ciò fa sì che, nella maggior parte delle giurisdizioni che conoscono il risarcimento punitivo, non si applicano le garanzie tipiche del processo penale (per esempio il più elevato *standard* probatorio dell' "al di là di ogni ragionevole dubbio" tipico del processo penale, il privilegio contro l'autoincriminatione etc.). Eppure le sue finalità sono quelle considerate tradizionalmente proprie del diritto penale.

La circostanza che l'istituto si presenti come una singolare commistione di diritto civile e di diritto penale¹¹, suggerisce, innanzitutto, di volgere l'attenzione al suo profilo funzionale.

Il punto di partenza per l'analisi cui lo studio è dedicato consiste nell'inquadramento della figura in uno schema pluralistico¹² che ne riconosca la vocazione polifunzionale, alla luce del quale operare una valutazione critica delle soluzioni pratiche adottate dai singoli ordinamenti, individuando, ove possibile, quale funzione risulti prevalere all'interno del singolo ordinamento e quali siano le implicazioni pratiche che ciò produce sulla concreta fisionomia dell'istituto.

(1983). Cfr. anche *Broome v Cassell & Co Ltd (No.1)*, [1972] A.C. 1027, 1089: secondo Lord Reid, il risarcimento esemplare non può che definirsi come "*fine*". Coglie il punto ZIPURSKY, *A theory of punitive damages*, in 84 *Tex. L. Rev.*, 2005, 105, 106 - 107, laddove afferma, con specifico riferimento al contesto statunitense, che quello dei *punitive damages* è un argomento critico perché essi convogliano una doppia identità; ed infatti, pur essendo profondamente radicati nel diritto civile, col tempo ne è cresciuta in misura notevole la caratterizzazione penalistica, pur mantenendo essi formalmente l'etichetta di rimedio civilistico. L'A. rinviene nella circostanza che nominalmente l'istituto appartenga al diritto civile, la ragione per cui per così lungo tempo, fino agli anni '90, esso abbia potuto rimanere immune da qualsiasi forma di scrutinio costituzionale: dato sorprendente per un sistema giuridico che ha sempre dimostrato particolare sensibilità nei confronti dei pericoli che si celano nel privilegiare la forma sulla sostanza. Così l'A. riassume efficacemente interrogativi e criticità riconnessi alla natura ibrida del risarcimento punitivo: «*Why are punitive damages part of tort law at all? Isn't tort law about compensation, making victims whole, or corrective justice? Even from an economic point of view, isn't it about deterrence by cost-internalization, or about insurance? Why is this criminal-seeming treatment found within our private law, our tort system?*»

¹¹ Così OWEN, *A Punitive Damages Overview*, cit., 365.

¹² Si veda, a tal proposito, SEBOK, *The U.S. Supreme Court's theory of common law punitive damages: an inauspicious start*, in MEURKENS, NORDIN, cit., 133 ss., 134 - 136, il quale sottolinea a tal proposito come l'interprete che si approcci al fenomeno dei *punitive damages* deve porsi principalmente tre domande: *When?, Why?, How?*; il primo dei tre interrogativi verte sulle condizioni che presiedono all'*an* del risarcimento punitivo; il secondo riguarda la ragion d'essere dell'istituto, il perché a certe condizioni venga liquidata tale somma aggiuntiva, le finalità che esso persegue; il terzo riguarda, invece, riguarda gli aspetti di carattere secondario (ad esempio, lo *standard* probatorio richiesto; se il patrimonio del convenuto rilevi come fattore nella quantificazione del risarcimento ecc.); come chiarito dall'A., la risposta al secondo interrogativo influenza le risposte al primo e al terzo; parimenti, la scelta operata dai singoli sistemi giuridici in ordine alla concreta disciplina da adottare in materia (ad esempio, se la copertura assicurativa possa estendersi al risarcimento punitivo, la regola più appropriata in materia di responsabilità di impresa, il sistema di garanzie di cui il convenuto debba beneficiare ecc.) è influenzata fortemente dalla scelta di valore dallo stesso operata, consapevolmente o inconsapevolmente, su quale profilo funzionale debba prevalere al suo interno; né il dibattito degli interpreti, anche *de iure condendo*, sulle singole soluzioni da adottare può prescindere dalla considerazione dei vari profili funzionali.

Le Corti si limitano usualmente ad enunciare, quali funzioni che i *punitive damages* rivestono all'interno sistema rimediale, punizione e deterrenza¹³. In effetti, come emerso grazie alla certissima opera della dottrina, dietro questa coppia tralattivamente declamata, che pur mantiene un ruolo di primo piano nella fisionomia dell'istituto, si situa uno spettro funzionale¹⁴ ben più ampio.

Ad esso si guarderà, dopo aver compiuto un breve *excursus* storico sulle origini dell'istituto.

Prima di procedere oltre nell'analisi, si rendono opportune due preliminari notazioni: una di carattere terminologico, l'altra riguardante il piano della traduzione.

Quanto alla prima, molteplici sono gli appellativi utilizzati dai *common lawyers* per definire l'istituto. Tra essi, *vindictive damages*¹⁵, *smart money*¹⁶, *retributory*

¹³ *Ex multis*, *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408, (2003), 416; *Tramill v. United Parcel Service*, 10 Fed. Appx. 250 (6th Cir. 2001); *Medlock v. Ortho Biotech, Inc.*, 164 F.3d 545 (10th Cir. 1999); *Laidlaw Transit, Inc. v. Crouse ex rel. Crouse*, 53 P.3d 1093 (Alaska 2002); *Lira v. Shelter Ins. Co.*, 913 P.2d 514 (Colo. 1996); *Estate of Farrell ex rel. Bennett v. Gordon*, 770 A.2d 517 (Del. 2001); *Daka, Inc. v. Breiner*, 711 A.2d 86 (D.C. 1998); *Alcorn v. Union Pacific R.R. Co.*, 50 S.W.3d 226 (Mo. 2001); *Phillips v. General Motors Corp.*, 2000 MT 55, 298 Mont. 438, 995 P.2d 1002 (2000); *Smith v. Whitaker*, 160 N.J. 221, 734 A.2d 243 (1999); *Torres v. El Paso Elec. Co.*, 1999-NMSC-029, 127 N.M. 729, 987 P.2d 386 (1999); *State ex rel. New Mexico State Highway and Transp. Dept. v. Baca*, 120 N.M. 1, 896 P.2d 1148 (1995); *Dardinger v. Anthem Blue Cross & Blue Shield*, 98 Ohio St. 3d 77, 2002-Ohio-7113, 781 N.E.2d 121 (2002); *G.J.D. by G.J.D. v. Johnson*, 552 Pa. 169, 713 A.2d 1127 (1998); *Soares v. Ann & Hope of Rhode Island, Inc.*, 637 A.2d 339 (R.I. 1994); *Grynberg v. Citation Oil & Gas Corp.*, 1997 SD 121, 573 N.W.2d 493 (S.D. 1997).

¹⁴ È ricorrente in dottrina l'affermazione secondo cui la compresenza di diverse funzioni a fondamento dell'istituto ne determina l'incoerenza sul piano pratico, giacché spesso le diverse funzioni entrano in conflitto tra loro, ciascuna spingendo verso opposte soluzioni potenziali in punto di disciplina dell'istituto, sia con riferimento alle condizioni che consentono di dar corso ad un risarcimento punitivo, sia con riferimento al *quantum* dello stesso. Sul punto cfr. *ex multis* CHAPMAN, TREBILCOCK, *Punitive damages*, cit., 744; DOBBS, *Ending Punishment in "Punitive" Damages: Deterrence-Measured Remedies*, in 40 *Ala. L. Rev.*, 1989, 853 – 855, il quale sostiene che le diverse funzioni contemporaneamente annesse all'istituto, se non in contrasto tra loro sul piano sostanziale, lo sono su quello rimediale, essendo impensabile che un rimedio sia congegnato secondo regole applicative tali da servirle contemporaneamente tutte. L'A. sottolinea, ad esempio, come, nella prassi delle Corti statunitensi, accada di frequente che la funzione punitiva intervenga nella determinazione dell'*an* del risarcimento, mentre al momento della commisurazione del *quantum* la Corte prenda in considerazione la necessità di realizzare finalità di deterrenza (generale e speciale). Secondo l'A. tale confusione avvalorerebbe la percezione della totale incontrollabilità del rimedio. Tale affermazione risulterà più chiara allorché saranno oggetto di trattazione l'ordinamento inglese e quello statunitense.

¹⁵ Cfr. *Williams v. Settle* [1960] 1 W.L.R. 1072; *Warner v. Southern Pacific Co.* (1896) 113 Cal. 105; la denominazione in parola, maggiormente diffusa nel XIX secolo, è progressivamente scomparsa dal linguaggio giuridico moderno, cfr. a tal proposito l'opinione di Lord Hailsham of St. Marylebone in *Broome v Cassell & Co Ltd (No.1)*, [1972] A.C. 1027, 1073, il quale suggerisce l'abbandono dell'appellativo giacché: «*even when a purely punitive element is involved, vindictiveness is not a good motive for awarding punishment*». Sull'appellativo in questione si veda anche il paragrafo seguente.

¹⁶ Sul significato originario dell'appellativo, anch'esso maggiormente diffuso nel XIX secolo, si veda il paragrafo successivo.

damages, added damages.¹⁷ Le due espressioni più diffuse rimangono, comunque, *punitive damages* ed *exemplary damages*: la prima è, senz'altro, quella maggiormente usata all'interno dei paesi di *common law* con l'eccezione dell'Inghilterra, ove è la seconda, originariamente più diffusa, a mantenere il primato. Nel prosieguo dell'analisi la predetta diversificazione linguistica verrà tendenzialmente rispettata. Ed infatti, nel capitolo che segue, dedicato all'ordinamento inglese, in omaggio alla tradizione ivi in uso, verrà utilizzata quasi esclusivamente la locuzione "*exemplary damages*", mentre nel resto del lavoro prevarrà tendenzialmente l'uso della denominazione più diffusa "*punitive damages*" e delle relative traduzioni in italiano "danni punitivi", "risarcimento punitivo".

Sul piano traduttologico non si può qui non riproporre un'osservazione formulata in dottrina¹⁸: nonostante sia diffusa nella letteratura italiana sul punto la locuzione "danni punitivi", essa rischia di suscitare equivoci qualora non si tenga in conto che il termine "*damages*" nel linguaggio giuridico di *common law* designa il risarcimento e non il danno, sicché risulterebbe più appropriato tradurla in risarcimento punitivo o sanzionatorio.¹⁹ Ciò premesso, nella trattazione che segue le due traduzioni verranno utilizzate indifferentemente, non essendosi ritenuto opportuno l'abbandono dell'espressione danni punitivi: essa rimane, infatti, la più diffusa nell'ambito della letteratura italiana sul punto ed è d'altronde chiaro a tutti i partecipanti al dibattito in materia che con essa ci si riferisce al risarcimento e non al danno.

2. Ricostruzione del fenomeno in chiave storica: cenni.

¹⁷ *Summers ex rel. Dawson v St. Andrew's Episcopal School, Inc.*, 759 So. 2d 1203; *Fowler Butane Gas Co. v Varner*, 244 Miss. 130, 141 So. 2d 226, 233 (1962); l'appellativo sottolinea la circostanza che il risarcimento punitivo si aggiunge a quello compensativo, in ragione della coloritura in termini soggettivi della condotta del danneggiante. Di recente, in letteratura compaiono appellativi come "*augmented damages*" o "*extracompensatory damages*", che sottolineano in special modo le funzioni non strettamente punitive, ma paracompensative o di promozione della deterrenza ottimale che l'istituto svolge: cfr. DOBBS, *Law of Remedies*, 2nd ed., St. Paul, 1993, vol. i, 455; GALLIGAN, *Augmented Awards: The Efficient Evolution of Punitive Damages*, in 51 La. L. Rev., 1990, 3 ss., 13.

¹⁸ CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa e Diritto Privato*, 2008, 318; CASTRONOVO, *Il risarcimento punitivo che risarcimento non è*, in CERAMI, SERIO (a cura di), *Scritti di Comparazione e Storia Giuridica*, Torino, 2011, 100.

¹⁹ Similmente rileva BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in EUR. DIR. PRIV., 2009, 909 ss., il quale afferma a tal proposito: « ... rileva, qui, la criptica anfibologia del termine «danni», che meglio si evidenzia nella dichiarata ambivalenza del termine «damages»: il quale vale a designare, al tempo stesso, i pregiudizi e i «remedies». Orbene di rimedi, rectius di sanzioni civili, si intende discutere quando si parla di danni stricto sensu punitivi: «danni» (in senso lato) che non sono qualificabili come pregiudizi sofferti dalla vittima dell'illecito, ma che rilevano in quanto addossati all'agente allo scopo di punire la sua condotta riprovevole: di qui la giustificazione della loro qualificazione come «pene private» ... »

La comprensione del fenomeno del risarcimento punitivo postula la sua considerazione in chiave storica. E ciò non soltanto in ossequio al fondamentale insegnamento secondo cui per comprendere un dato fenomeno giuridico è necessario risalire alle sue origini, calandolo nel contesto culturale e socio-economico di riferimento, ma con specifico riguardo alle caratteristiche dell'istituto oggetto della presente analisi.

I sistemi di *civil law* e di *common law* manifestano una marcata differenza quando ci si sposta sul terreno del risarcimento punitivo²⁰, istituto che è noto e ben radicato nei sistemi di *common law* e, in posizione diametralmente opposta, del tutto estraneo ai sistemi di *civil law*. Una differenza così marcata, che a ben vedere è in grado di investire il modo in cui gli ordinamenti situati all'interno delle due famiglie percepiscono la distinzione tra diritto pubblico e privato e le funzioni che sono proprie del diritto privato, non sembra potersi liquidare come una semplice divergenza nell'offerta rimediale di quegli stessi ordinamenti, frutto di differenti scelte di valore operate nella soluzione di singoli problemi di carattere pratico; essa sembra piuttosto essere il frutto di una divergenza più profonda, radicata nella cultura e nella storia delle due famiglie giuridiche. Ed è, dunque, dall'analisi storica del fenomeno che conviene partire per comprendere da quale momento e per quali ragioni le due famiglie si siano avviate su binari separati.²¹

²⁰ Afferma KOZIOL, *Punitive damages: admission into the seventh legal heaven or eternal damnation? Comparative report and conclusions*, in KOZIOL, WILCOX, *Punitive Damages*, cit., 275, che le due famiglie sembrano sotto tale profilo costituire due mondi a parte.

²¹ Le affermazioni contenute nel testo non intendono suggerire che le due famiglie giuridiche di *civil law* e di *common law* non condividano una cultura giuridica comune, quanto piuttosto che ad un certo punto, per le ragioni che si tenta di esporre nel testo, esse hanno semplicemente imboccato due strade del tutto diverse con riferimento ad un aspetto di importanza non trascurabile nel campo del diritto privato e che le ragioni per cui ciò sia avvenuto siano di carattere storico e culturale. A tal proposito, appare convincente la tesi di WELLS, *A Common Lawyer's Perspective on the European Perspective on Punitive Damages*, in *La. L. Rev.*, 557 ss., il quale riconduce la marcata differenziazione riscontrabile sul punto ad un fenomeno di "*path dependance*". Secondo l'A., in linea con la teoria maggiormente diffusa e in voga nella letteratura angloamericana, nel diritto inglese l'istituto si sarebbe inizialmente sviluppato per supplire alle deficienze di un sistema del risarcimento del danno scarsamente equipaggiato per la gestione delle perdite non patrimoniali, ricorrendo le Corti alle funzioni di punizione e di deterrenza per giustificare la scelta di astenersi dall'intervenire su verdetti delle giurie di ammontare ben superiore rispetto al danno patrimoniale quantificabile; successivamente, una volta sviluppata adeguatamente la categoria delle *non pecuniary losses*, l'istituto avrebbe subito una riconversione in funzione puramente punitiva, complice la tendenza dei giudici di *common law* a ragionare non per principi e categorie giuridiche ma a decidere caso per caso, risolvendo la concreta questione del decidere in base ai precedenti esistenti. Come esattamente rilevato da DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, 1986, 251, infatti, generalmente nella decisione dei casi, i precedenti che vengono fatti oggetto di considerazione da parte della Corte sono unicamente quelli attinenti al determinato settore giuridico cui il caso risulti ascrivibile. E', dunque, perfettamente verosimile, come ipotizza Wells, che le due linee di precedenti, l'una riguardante il risarcimento del danno non patrimoniale, l'altra riguardante il risarcimento punitivo, abbiano continuato a svilupparsi l'una indipendentemente dall'altra e senza che i giudici si interrogassero sulla ragion d'essere della seconda categoria man mano che le perdite non patrimoniali iniziavano a trovare posto all'interno del sistema rimediale privato, ma piuttosto determinandosi una naturale riconversione dei *punitive damages* in senso punitivo puro.

Le origini del risarcimento punitivo vanno ricercate nei difetti che il sistema rimediale inglese del xviii secolo esibiva in punto di perdite non patrimoniali.

È noto che tanto nei paesi di *common law* quanto in quelli di *civil law* lungo è stato il percorso che ha condotto il sistema del risarcimento del danno ad affrancarsi dalla mera considerazione dei danni “tangibili” e come tali agevolmente misurabili e determinabili, per spingersi sul terreno di un sempre maggiore riconoscimento delle perdite legate alla sfera della persona umana, secondo un processo espansivo che ha caratterizzato tutti gli ordinamenti occidentali e che ha visto accrescere in misura esponenziale il novero degli interessi non patrimoniali considerati giuridicamente rilevanti e come tali risarcibili, in parallelo con una accresciuta sensibilità degli stessi ordinamenti nei confronti del valore da attribuire all’uomo in quanto tale sia come singolo sia nei suoi aspetti relazionali.

Allorché, però, tale processo evolutivo era ancora lungi dall’essersi compiuto, a metà del xviii secolo, gli ordinamenti di *common law* trovarono nel risarcimento esemplare una parziale valvola di sfogo, facendolo funzionare come surrogato di un sistema di risarcimento del danno non patrimoniale ancora del tutto immaturo, in situazioni nelle quali, in presenza di un danno patrimoniale di entità irrilevante, alla giuria apparisse, per la presenza di rilevanti perdite incidenti la sfera non patrimoniale dell’attore causate da una condotta particolarmente biasimevole del convenuto, iniquo liquidare un risarcimento irrisorio. E’ solo in un momento successivo che, giunta a maturazione l’elaborazione teorica che ha consentito l’affermazione della categoria del risarcimento del danno non patrimoniale, il risarcimento punitivo è stato depurato della originaria connotazione compensativa, subendo una riconversione in chiave esclusivamente punitiva e deterrente.²²

o, comunque, extracompensativo. Secondo l’A. un tale corso sarebbe stato impossibile negli ordinamenti di *civil law*, che pure ad un certo punto della loro evoluzione devono essersi scontrati con un sistema di risarcimento delle perdite non patrimoniali lacunoso e inadatto a ristorare *in toto* la posizione dell’attore, non soltanto per il peso che nell’ambito degli stessi rivestono le categorie ereditate dal diritto romano, ma anche e soprattutto per l’esattamente opposto metodo di approcciarsi al fenomeno giuridico del giurista continentale. Quest’ultimo percepisce il diritto tramite il medio delle categorie giuridiche e pensa allo stesso come ad un sistema, sicché lungi dal considerare il fenomeno del risarcimento punitivo sulla base di argomenti *pro* e *contra* basati sui risvolti pratici che esso è in grado di produrre, così come è abituato a fare il giurista di *common law*, egli percepisce la distinzione tra diritto pubblico e privato come un ostacolo invalicabile al riconoscimento di cittadinanza al risarcimento punitivo all’interno del diritto privato.

²² L’ipotesi ricostruttiva in questione è ampiamente condivisa in dottrina: cfr. AUSNESS, *Retribution and deterrence: The Role of Punitive Damages in Products Liability Litigation*, in 74 *Ky. L. R.*, 1985-1986, 2; ELLIS, *Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages*, in 56 *S. Cal. L. Rev.*, 1982-1983, 12 ss.; SCHWARTZ, *Deterrence and Punishment in the Common Law of Punitive Damages: a comment*, in 56 *S. Cal. L. Rev.*, 1982-1983, 139; RUSTAD, KOENING, *The historical continuity of punitive damages awards: reforming the tort reformers*, in 42 *Am. U. L. Rev.*, 1993, 1284 ss.; OWEN, *A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform*, in 39 *Vill. L. Rev.*, 1994, 368 ss.; FIELD, *A Treatise on the Law of Damages*, 2nd ed., Des Moines, 1881, 70 ss.; Nota, *Exemplary Damages in the Law of Torts*, in 70 *Harv. L. Rev.*, 517 ss.; essa è stata fatta propria anche dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d’America nel caso *Cooper*

Ed infatti, nei primi casi in cui l'istituto fece la propria comparsa, i giudici iniziarono ad utilizzare la funzione punitiva e deterrente come giustificazione per il rigetto delle richieste di annullamento formulate nei confronti di verdetti che apparivano eccessivi, in quanto di ammontare ben superiore al danno patrimoniale subito dall'attore²³. In particolare, seppur piena fosse la consapevolezza dei giudici rispetto al proprio ruolo di custodi della ragionevolezza dei verdetti delle giurie, in funzione limitativa della discrezionalità di queste ultime, il loro intervento, che si esplicava secondo criteri prestabiliti con riferimento al danno contrattuale e al danno extracontrattuale alla proprietà, stentava a trovare un appiglio nelle ipotesi di danni non patrimoniali. Con riguardo ad esse, i giudici conservavano intatta la loro ritrosia nell'intervenire, data la difficoltà di pervenire a criteri di liquidazione del danno certi che consentissero un qualche intervento limitativo.²⁴

Industries, Inc., Petitioner V. Leatherman Tool Group, Inc., 532 U.S. 424. Sul punto cfr. anche il noto caso *Fay v. Parker*, 53 N. H., 342, che costituisce il *leading case* in New Hampshire (uno dei cinque Stati americani che disconoscono i *punitive damages*) in cui la Corte Suprema di quello Stato definitivamente rigettò la dottrina del risarcimento punitivo. In esso la Corte, riesaminati *funditus* i precedenti in materia di *punitive damages* e le basi teoriche dell'istituto, giunse alla conclusione che l'intera teorica si basava su un travisamento dell'originaria funzione dell'istituto, nato per compensare quelle perdite di carattere non patrimoniale che fossero conseguenza della condotta "aggravata" del danneggiante e che si sostanziasse nel senso di vergogna ed umiliazione che la condotta volontariamente sprezzante, oltraggiosa del convenuto instillava nell'attore. Si legge nella opinione del giudice Foster che il graduale sviluppo della dottrina del danno punitivo altro non sarebbe che il frutto della totale incomprensione della categoria del risarcimento per *pain and suffering*. Tale travisamento si sarebbe gradualmente prodotto a causa del linguaggio incauto di alcuni giudici che, in preda all'indignazione per certi comportamenti indesiderati, non avrebbero esitato a parlare in termini di punizione. Così testualmente: «*the result is, that the wholesale doctrine of damages for mental pain and wounded feeling, expressed in inconsiderate language vehemently announced, in circumstances and on occasions of judicial anger, irritation and excitement, has come to be misunderstood and mistaken for the doctrine of punitive damages, when, in fact, it is but a branch of the law of compensatory damages. Thus the doctrine of compensation for the plaintiff has become the doctrine of punishment for the defendant, importing into civil suits that punishment which still remains in criminal procedure, and so, unfairly as well as unconstitutionally and illegally, punishing an offender twice for the same crime*». A conferma di quanto sostenuto nel testo, si veda anche l'opinione del Chief Justice Ryan, nel caso *Brown v. Swineford*, 44 Wis. 282, 289, il quale affermò che, benché la distinzione tra il risarcimento compensativo per il danno non patrimoniale consistente nella sofferenza derivante dall'altrui insulto e il risarcimento volto a punire il convenuto per il suo comportamento oltraggioso, risultasse oltremodo vaga in teoria ciò rivestiva scarsa importanza sul piano pratico. A tal proposito egli cita ad esempio il caso *Bass v. Railway Co*, 36 Wis. 450; 39 Wis. 636; 42 Wis. 654, riferendo che lo stesso era stato oggetto di tre diversi processi celebrati innanzi a tre diverse giurie e che, benché la somma liquidata in favore di parte attrice fosse stata pressoché identica in tutti e tre, in due essa comprendeva un risarcimento esemplare, nel restante processo, invece, la stessa somma era stata liquidata in base al solo titolo compensativo.

²³ Cfr. ELLIS, *Fairness and Efficiency*, cit., secondo cui: «*This inexorable pressure to find some rational basis for awards of hundreds or thousands of pounds in cases in which no tangible loss had occurred resulted in judicial recognition that damage awards not only compensate the injured but also punish wrongdoers and deter wrongdoing*».

²⁴ A tal proposito, afferma SEDGWICK, *A Treatise on the Measure of Damages; or an Inquiry into the Principles which Govern the Amount of Pecuniary Compensation Awarded by Courts of Justice*, 8th ed., vol. I, New York, 1891, 503 ss., che è proprio nella sopravvivenza di una limitata classe di casi – quelli in cui veniva in considerazione il risarcimento di interessi non patrimoniali,

Un primo riscontro della tesi in parola è individuabile sul piano linguistico.

È noto che uno degli appellativi più antichi utilizzati per designare l'istituto è quello di "*smart money*". Già al tempo in cui Field scriveva il suo Trattato in materia di risarcimento del danno, nel 1881, la locuzione veniva intesa nel senso di risarcimento volto punire il convenuto e "*make him smart for his wrong done*", cioè volto ad infliggergli una sofferenza per l'illecito da lui commesso: l'Autore riferisce che nel linguaggio giuridico del tempo si era perso il significato originario dell'espressione che, invece, è quello di compensazione per le sofferenze subite, "*smarts*" appunto, sia fisiche sia mentali²⁵.

Ulteriore conferma della circostanza che l'origine dell'istituto oggetto di analisi sia legata a doppio filo con il danno non patrimoniale è riscontrabile nuovamente nel dato linguistico. Ed infatti, se si guarda alla prassi delle Corti di alcuni Stati americani è possibile notare come nel XIX secolo emerga ancora una confusione terminologica, nell'ambito della quale la categoria del risarcimento del danno non patrimoniale e quella del risarcimento esemplare appaiono indistinte. Ad esempio, in Virginia, si opera la distinzione tra *determinate* ed *indeterminate damages*, nella prima categoria rientrando il risarcimento delle perdite esattamente calcolabili, nella seconda quello delle perdite che tali non siano, all'interno delle quali rientrano i danni non patrimoniali: tale seconda classe di perdite è ritenuta risarcibile sotto l'etichetta di "*exemplary damages*" ma in funzione compensativa del danno non patrimoniale, non *in poenam*.²⁶ Lo stesso avviene in Nevada²⁷ e Wyoming²⁸.

Uno sguardo alla prima casistica in materia non fa che confermare quanto detto finora.

I primi due casi inglesi²⁹ nei quali la locuzione "*exemplary damages*" viene menzionata e a cui generalmente viene fatta risalire la dottrina in questione, risalgono alla seconda metà del XVIII secolo. Si tratta di vicende processuali traenti origine da ordini di arresto e sequestro illegittimi, che avevano condotto le rispettive giurie alla liquidazione di risarcimenti del danno di entità

nei quali la giuria aveva conservato il proprio potere arbitrario di stabilire il *quantum* del risarcimento, dato che i giudici preferivano non intervenire in mancanza di criteri certi di quantificazione del danno e, correlativamente, del risarcimento – che si annidano le origini del risarcimento punitivo. Lungi dall'essere consapevoli di innovare il sistema risarcitorio, i primi giudici invocavano punizione e deterrenza quali giustificazioni che consentissero loro, in tali situazioni, di astenersi dall'intervenire sulle determinazioni delle giurie, mancando ancora quella base teorica che in futuro avrebbe portato al riconoscimento della categoria del danno non patrimoniale.

²⁵ FIELD, *A Treatise*, cit., 74 – 75; sul punto v. anche l'opinione del giudice Foster in *Fay v. Parker*, 53 N. H., 342.

²⁶ *Pegram v. Stortz*, 31 W. Va. 220; *Beck v. Thompson*, 31 W. Va. 459. Ed infatti, la Corte afferma la risarcibilità delle perdite non patrimoniali solo nell'ipotesi in cui esse derivino da una condotta dolosa del convenuto.

²⁷ *Quigley v. Central P. R.R. Co.*, il Nev. 350.

²⁸ *Union P. R.R. Co. v. Hause*, I Wyo. 27.

²⁹ Il riferimento è ai due casi *Huckle v. Money*, (1763) 2 Wil's KB 205 e *Wilkes v. Wood*, (1763) Lofft. 1; per una approfondita disamina degli stessi si rinvia al capitolo successivo.

particolarmente rilevante per il tempo. Di fronte alla richiesta di annullamento dei rispettivi processi e di celebrazione di nuovi, in entrambi i casi, i giudici si astennero dall'intervenire, argomentando la propria decisione in base a due elementi: l'intollerabilità della condotta del convenuto che necessitava di una qualche reazione sul piano giuridico e la circostanza che, se non si fosse ritenuta legittima funzione del risarcimento del danno la punizione del convenuto e la necessità di offrire un esempio alla collettività per evitare il ripetersi di situazioni simili, mancando un danno patrimoniale apprezzabile, all'attore sarebbe spettato un risarcimento irrisorio, circostanza quest'ultima che non poteva non apparire particolarmente iniqua. Appare evidente allora la ragione per cui l'uso del fondamento punitivo ed esemplare dovette sembrare ai giudici particolarmente allettante in situazioni di questo tipo: da una parte la condotta del convenuto si caratterizzava come intollerabile e ciò rendeva inaccettabile una condanna ad un risarcimento di entità modesta, dall'altra, però, il giudice si trovava sprovvisto degli strumenti tecnici e dell'adeguato sostrato teorico che gli consentissero di incasellare adeguatamente in una qualche voce di danno la perdita di carattere "intangibile" che pure l'attore aveva subito.

L'offesa subita dagli attori investiva direttamente interessi di carattere non patrimoniale: in uno dei due casi si assiste addirittura alla menomazione, seppur temporanea, del bene primario della libertà, ed in entrambi ad essere inciso fu un bene particolarmente rilevante nella società inglese del xviii secolo: l'onore. L'arresto e la perquisizione illegale ledono indubbiamente l'onore e il senso di rispetto del soggetto all'interno della collettività, e gli infliggono, come è immaginabile, tutta una serie di sofferenze psichiche che, soprattutto se volontariamente inflitte, meritano ristoro. Di qui il ricorso al fondamento punitivo ed esemplare del risarcimento.

Anche la casistica successiva³⁰, almeno fino al primo quarto del xix secolo, esibisce questo dato comune³¹: si tratta di fattispecie nelle quali ad essere leso è

³⁰ Si vedano ad esempio i casi *Grey v. Grant*, 95 Eng. Rep. 794 (C.P. 1764); *Benson v. Frederick*, 97 Eng. Rep. 1130 (K.B. 1766); *Tullidge v. Wade*, 95 Eng. Rep. 909 (C.P. 1769); *Bruce v. Rawlins*, 95 Eng. Rep. 934 (C.P. 1770); *Sears v. Lyons*, 171 Eng. Rep. 658 (K.B. 1818); *Forde v. Skinner*, 172 Eng. Rep. 687 (Horsham Assizes 1830). Per una accurata disamina dei fatti degli stessi e del *reasoning* delle rispettive Corti v. Sedgwick, op. cit., 504 ss.

³¹ Cfr. su questo punto, SEBOK, *Punitive Damages in the United States*, in KOZIOL, WILCOX, op. cit., 160, il quale individua l'elemento "aggravante" su cui il risarcimento punitivo si appunta non solo e non tanto nella natura intenzionale della condotta di parte convenuta, quanto nelle modalità umilianti della condotta illecita che si traducono nella volontaria inflizione di un insulto in capo all'attore. L'A. non concorda, però, sulla ricostruzione storica prospettata nel testo. Ed infatti nel precedente articolo *What Did Punitive Damages Do? Why Misunderstanding The History Of Punitive Damages Matters Today* comparso nel 2003 nella *Chicago Kent Law Review*, egli, pur ammettendo che la perdita che originariamente il risarcimento punitivo era teso a ristorare fosse la sofferenza derivante dall'insulto e dall'umiliazione volontariamente inflitta, con la conseguenza che il bene giuridico leso andasse individuato nell'onore, esclude che una tale lacuna rimediale fosse dovuta alle deficienze del sistema del risarcimento del danno non patrimoniale e che successivamente, una volta venute meno le stesse, l'istituto del risarcimento punitivo abbia subito una riconversione in termini di punizione e deterrenza. Secondo l'A., infatti, la perdita derivante

l'interesse del soggetto al rispetto del proprio onore, quale diretta proiezione del suo valore all'interno della compagine sociale³², sicché il danno dallo stesso subito si sostanzia nel disagio sperimentato a fronte dell'insulto che l'altrui condotta oltraggiosa arreca e si identifica nel senso di umiliazione e di vergogna che il soggetto inevitabilmente sperimenta a causa dell'altrui volontaria inflizione di un danno. Tale tratto comune alla prima casistica in materia di risarcimento esemplare è elemento di fondamentale importanza e funge da catalizzatore del processo che ha dato origine alla categoria del risarcimento esemplare.³³ Ed infatti, non è un caso che proprio il pregiudizio all'onore sia stato tra i primi interessi di natura non patrimoniale a reclamare l'accesso all'interno del *numerus* (allora) *clausus* degli interessi risarcibili. L'onore rappresentava un valore inestimabile all'interno della società inglese del xviii e xix secolo, attenta allo *status* che ciascun soggetto rivestiva all'interno della compagine sociale e nella quale, agli albori della rivoluzione industriale, la divisione in classi sociali era ancora profondamente radicata.³⁴ La sua lesione necessitava, pertanto, una reazione ordinamentale che è stata incanalata, come detto, nei binari del danno punitivo.

Un fattore di carattere secondario che pure ha inciso sullo sviluppo dell'istituto è ravvisabile nell'esigenza di mantenimento della pace sociale, finalità perseguita convogliando le possibili reazioni di autodifesa dei cittadini, suscettibili a quel tempo di sfociare nella allora diffusa prassi del duello, nei canali del processo civile. E' evidente che si tratta di uno scopo di tipo pubblicistico, attuato attraverso gli strumenti del diritto privato. Ed è altrettanto chiaro che la lesione dell'onore del soggetto, l'insulto arrecato per mezzo di una condotta volontariamente sprezzante nei confronti della sua sfera giuridica, è proprio quel tipo di pregiudizio suscettibile di dar luogo a reazioni di vendetta e a rigurgiti di quello che gli storici inglesi hanno definito, con espressione di cruda efficacia, "feudalesimo bastardo".³⁵ Soltanto se si riconosce al danneggiato, nell'ambito del processo giurisdizionale, una forma di soddisfazione per la lesione così subita, in aggiunta rispetto al pregiudizio di tipo economico, se ne incentiva il ricorso agli strumenti legali piuttosto che a forme di vendetta privata. Quanto finora riferito

dalla lesione dell'onore, dall'insulto, avente carattere "dignitario", non trovava e ancora oggi non trova ristoro nel sistema del risarcimento del danno non patrimoniale, sicché sarebbe ristorabile solo nell'ambito della categoria dei *punitive damages*. Su posizioni simili, cfr. GALANTER, LUBAN, *Poetic Justice: Punitive Damages and Legal Pluralism*, 42 Am. U. L. Rev., 1432 – 1433.

³² A tal proposito ELLIS, op. cit., riferisce quanto affermato da PITT-RIVERS, *Honour and Social Status*, in PERISTIANY (a cura di) *Honour and Shame: the Values of a Mediterranean Society*, Chicago, 1966, 19, 21: «*Honour is the value of a person in his own eyes, as well as "in the eyes of his society"*».

³³ Osserva ELLIS, op. cit., che il ruolo che la lesione dell'onore ha rivestito nelle genesi della categoria del risarcimento esemplare, è testimoniato anche dalla circostanza che l'unica azione di tipo contrattuale nell'ambito della quale il rimedio in questione, usualmente escluso dall'area contrattuale, trovava applicazione è la rottura della promessa di matrimonio.

³⁴ Cfr. ELLIS, op. cit., 15 ss.

³⁵ Cfr. HOLDSWORTH, *History of English Law*, 2, 3rd ed., 416-18, 1923.

trova nuovamente conferma sul piano linguistico: uno degli appellativi originariamente utilizzati per indicare l'istituto è quello di “*vindictive damages*” che evoca appunto l'idea della vendetta.

Similmente a quanto avvenuto nel diritto inglese, anche nell'ambito del diritto statunitense³⁶ l'istituto conosce un primo stadio analogo a quello appena descritto, funzionando esso in funzione paracompensativa, con riguardo a quelle fattispecie nelle quali ad essere leso fosse l'onore dell'attore³⁷.

Lo sviluppo successivo, fino all'acquisizione della fisionomia odierna, sembra spiegabile nei seguenti termini. La tradizionale tendenza di giudici e giuristi a ragionare caso per caso e la correlativa natura precedenziale del diritto che caratterizzano gli ordinamenti di *common law* hanno determinato uno sviluppo in parallelo delle linee di precedenti in materia rispettivamente di *non pecuniary losses* e di *punitive damages*: in sostanza, mentre le maglie del risarcimento compensativo si allargavano progressivamente per ricomprendere al proprio interno i più disparati interessi di natura non patrimoniale, compresa la sofferenza psichica che derivi dall'altrui condotta senza che ad essa si accompagni un danno “tangibile”, l'istituto del risarcimento esemplare è rimasto in vita subendo una progressiva riconversione in termini esclusivamente extracompensativi.

A questo punto, le vicende del diritto inglese e del diritto statunitense si separano. Il primo si evolve nel solco della linea già tracciata, fino all'intervento razionalizzante operato dal *leading case* *Rookes v. Barnard*³⁸, nel quale la tesi finora esposta sulle origini del risarcimento punitivo sembra essere implicitamente

³⁶ La casistica americana del XIX secolo in cui l'istituto trova applicazione è a dir poco sterminata: si rinvia per una ricognizione della stessa a FIELD, *A treatise*, cit., 67, nt. 6 – 22.

³⁷ Non ci si può qui esimere dal ricordare la nota polemica tra Greenlaf e Sedgwick che ha animato il dibattito sull'istituto del risarcimento punitivo nel corso del XIX secolo. Il primo, acerrimo nemico della teorica dei *punitive damages*, nella sua opera *A treatise on the Law of Evidence*, Boston, 1883, afferma al § 253 nt. 2: «*given as compensation, recompense, or satisfaction to the plaintiff, for an injury actually received by him from the defendant. They should be precisely commensurate with the injury, neither more nor less, and this, whether it be to the person or estate*»; a suffragio della sua tesi egli riesamina numerosi casi recanti condanna a risarcimento punitivo, affermando la natura genuinamente compensativa del relativo risarcimento. Di contro, Sedgwick nella sua altrettanto influente opera *A treatise on the measure of damages*, cit., afferma: «*Whenever the elements of fraud, malice, gross negligence, or oppression, mingle in the controversy, the law, instead of adhering to the system, or even the language of compensation, adopts a wholly different rule. It permits the jury to give what it terms punitive, vindictive, or exemplary damages; in other words, blends together the interests of society and the aggrieved individual, and gives damages, not only to recompense the suffer, but to punish the offender*». Se si accede alla tesi che qui si sostiene secondo cui, almeno per tutto il XIX secolo, si sia mantenuta un'oscillazione (così la definisce la già citata nota comparsa sul settantesimo numero della *Harvard Law Review*) tra la funzione compensativa e quella propriamente punitiva degli *exemplary damages*, si comprende perché il giudice Cole in *Hendrickson v. Kingsbury*, 21 Iowa, 379, abbia sostenuto che in realtà la differenza tra le due posizioni fosse puramente e semplicemente terminologica, giacché in base ad entrambe la giuria avrebbe potuto prendere in considerazione tutte le circostanze del caso concreto, comprese le caratteristiche della condotta del convenuto e le conseguenze sul piano non strettamente patrimoniale che essa avesse prodotto nella sfera giuridica dell'attore, a prescindere, poi, dall'etichetta utilizzata.

³⁸ [1964] A.C. 1129.

riconosciuta nella distinzione ivi operata tra *aggravated damages* ed *exemplary damages*.

Nell'ordinamento statunitense, invece, l'istituto subisce una riconversione molto più marcata sul versante punitivo e deterrente.³⁹

Ed infatti, a partire dai primi decenni del xx secolo esso inizia ad essere utilizzato dalle Corti quale strumento di protezione dei consumatori e della collettività in generale nei confronti delle grandi società commerciali⁴⁰, di pari passo con l'elaborazione giurisprudenziale in materia di responsabilità d'impresa per il fatto del dipendente, sulla base della teorica del *respondeat superior*, e con una sempre più accresciuta tendenza delle Corti a guardare oltre i termini formali dell'accordo contrattuale.⁴¹ La casistica in materia si arricchisce così di fattispecie nelle quali l'elemento caratterizzante diviene la repressione dell'abuso di potere economico o contrattuale operato da tali società commerciali in danno delle proprie controparti.⁴²

La riconversione di cui si è detto si completa allorché compaiono sulla scena, a partire dalla fine degli anni sessanta del secolo scorso, i modelli teorici proposti dall'analisi economica del diritto: concetti innovativi come quello di deterrenza ottimale e di internalizzazione dei costi, determinano un'espansione nel campo della responsabilità da prodotti⁴³ e dei cd. "*business torts*".⁴⁴ Il disprezzo e l'umiliazione dimostrato nei confronti dell'attore che era stata la molla che faceva scattare il risarcimento punitivo nella originaria casistica del xix secolo si tramuta, a partire da questo momento, nel disprezzo e nell'indifferenza che le grandi imprese commerciali dimostrano nei confronti della società intera ogniqualvolta compiono delle scelte che, animate dalla ricerca del profitto, si traducano in un danno per la collettività.⁴⁵

³⁹ COLBY, *Clearing the Smoke from Philip Morris v. Williams: the Past, Present, and Future of Punitive Damages*, in 118 Yale L. J. 2008, 392, 415 – 416, descrive tale passaggio come una riconversione dal modello della punizione "privata" nei confronti di *private wrongs* a quello della punizione di stampo pubblicitario per "*public wrongs*". Naturalmente l'A. non condivide la ricostruzione storica dell'istituto di cui al testo, affermandone invece la originaria caratterizzazione in termini di punizione seppur privata. Sul punto v. oltre il paragrafo successivo.

⁴⁰ Sul punto cfr. RUSTAD, KOENING, *The historical continuity of punitive damages awards: reforming the tort reformers*, 7 – 8; SEBOK, *Punitive Damages in the United States*, 163 ss.,

⁴¹ SEBOK, *Punitive Damages in the United States*, 163.

⁴² La casistica riguarda soprattutto abusi compiuti da dipendenti di compagnie di trasporto ferroviario o su strada nei confronti dei propri passeggeri (vi rientrano ad esempio ipotesi di maltrattamenti in danni di passeggeri disabili, casi in cui dei passeggeri venivano lasciati oltre la stazione di sosta richiesta ecc.) e ipotesi di dolo contrattuale operato da venditori nei confronti di compratori, da banche nei confronti dei clienti *et similia*; per una prima ricognizione della casistica in materia si veda RUSTAD, KOENING, op. cit., 7 – 8, nt. 165 – 177.

⁴³ La prima casistica relativa a tale evoluzione è ampiamente illustrata in Ausness, *Retribution and Deterrence*, cit., 3-12.

⁴⁴ Cfr. a tal proposito SEBOK, *Punitive Damages in the United States*, 165, il quale afferma: «*punitive damages have turned out to be the tail that wags the dog in products liability*».

⁴⁵ Il fenomeno di riconversione prospettato nel testo sembra inquadrabile nel più ampio scenario del mutamento di prospettiva che ha caratterizzato il diritto della responsabilità civile americana a partire dalla metà del xx secolo. Ed infatti, sotto la spinta del pensiero di Holmes e del realismo

A questo punto, il modello inglese e quello statunitense appaiono ormai distanti anni luce: il primo, come si vedrà, non ha fatto altro che evolversi lungo il binario originario, il secondo ne ha percorsi di nuovi, in parte esportandoli negli altri paesi di *common law*.⁴⁶

3. Il modello polifunzionale alla base dell'istituto

Dal punto di vista funzionale, l'istituto presenta una caratterizzazione in senso pluralistico. L'analisi dei principali ordinamenti di *common law* consente, infatti, di individuare diversi scopi alla base di esso, operanti contemporaneamente e spesso in competizione⁴⁷ tra loro, all'interno dello stesso ordinamento. L'esposizione di tali profili funzionali sarà l'oggetto del presente paragrafo.

La funzione simbolico-educativa o di denuncia. Una prima finalità che si pone a fondamento dell'istituto può essere definita come "educativa" o di "denuncia". In base ad essa, attraverso l'imposizione del risarcimento punitivo, l'ordinamento reagisce all'invasione di quei diritti che considera particolarmente rilevanti, condannandone correlativamente la flagrante violazione posta in essere dal convenuto. E', dunque, per marcare il carattere fondamentale rivestito da certi diritti che l'ordinamento appronta lo strumento particolarmente incisivo del risarcimento punitivo, riaffermando in tal modo i suoi principi etici e giuridici fondamentali.⁴⁸

In questo senso, nella concessione del rimedio del risarcimento esemplare si riflette la scelta dell'ordinamento di accordare una protezione rafforzata a determinati diritti, in considerazione del loro carattere fondamentale. Ed infatti, tale reazione mira a scoraggiare il danneggiante dal porre in essere atti di violazione deliberata degli stessi, nella prospettiva del pagamento del semplice

giuridico, la responsabilità extracontrattuale ha finito per transitare nel dominio del diritto pubblico, perdendo sempre più la connotazione di rimedio a disposizione del privato per reagire all'altrui condotta illecita e acquisendo quella di strumento di regolazione di tipo pubblicistico in funzione non più correttiva ma redistributiva; cfr. GOLDBERG, *Tort Law for Federalists (and the rest of us): Private Law in disguise*, 28 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y*, 2004-2005, 3, 14

⁴⁶ Come emergerà chiaramente dalla disamina del sistema inglese, quest'ultimo è rimasto ancorato e si è evoluto in base al modello originario, costruito sulla lesione dell'onore e sull'elemento dell'umiliazione inflitta all'attore. Non è un caso, infatti, che, come si vedrà, anche nell'ambito di quella categoria di fattispecie che ammettono il risarcimento esemplare per colpire l'opportunistica volontà di profitto, il grosso della casistica sia costituito da ipotesi di diffamazione a mezzo stampa.

⁴⁷ Cfr. DOBBS, *Law of Remedies*, cit., 467.

⁴⁸ Cfr. OWEN, *A Punitive Damages overview*, cit., 374 ss.; la funzione in questione sembra rivestire un ruolo di primo piano nell'ambito dell'ordinamento inglese. Come emergerà nel corso del successivo capitolo, infatti, tale aspetto pare emergere prepotentemente quantomeno nell'ambito della "prima categoria" e sembra legarsi alle origini inglesi dell'istituto: i primi casi inglesi riguardavano, infatti, violazioni dei fondamentali diritti dei cittadini poste in essere dal potere politico; cfr. anche Corte Suprema del Canada, *Whiten v Pilot Insurance Co*, [2002] SCC 18 e *Fidler v Sun Life Assurance Co of Canada* [2006] SCC 30, che attribuisce all'istituto tre diverse funzioni: «*retribution, deterrence and denunciation*».

risarcimento compensativo quale prezzo della violazione e ne ribadisce, in tal modo, il carattere inviolabile⁴⁹.

La funzione retributiva di tipo pubblicistico. La seconda funzione connessa al risarcimento punitivo, intuitivamente ricavabile dallo stesso appellativo maggiormente diffuso, è quella retributiva⁵⁰.

In primo luogo, l'esigenza retributiva si riconnette all'offesa che la condotta del convenuto arreca agli interessi della società e, in questo senso, conferisce al risarcimento punitivo una caratterizzazione in termini spiccatamente pubblicistici. Ed infatti, attraverso il ricorso al risarcimento punitivo l'interesse dell'ordinamento alla preservazione dell'ordine sociale viene perseguito per il tramite dei canali del diritto privato e la punizione inflitta al convenuto fa sì che questi paghi il debito precedentemente contratto con la collettività per avere infranto le sue regole, riparando la violazione dell'ordine sociale cagionata. In questo senso, e tenendo a mente la *summa divisio* tracciata da Blackstone tra *private wrongs* e *public wrongs*⁵¹, il risarcimento punitivo è rimedio nei confronti

⁴⁹ L'argomento non è dissimile da quello di cui in COLEMAN, KRAUS, *Rethinking the Theory of Legal Rights*, 95 *Yale L.J.*, 1986, 1335, 1338-39.

Lo stesso fondamento giustificativo sembra ancor più riposare nella recente prassi di alcuni paesi del *Commonwealth* nei quali un risarcimento ulteriore rispetto a quello compensativo viene talora concesso sotto l'evocativa etichetta "*vindictory damages*", nell'ipotesi di violazione di diritti di libertà garantiti dalle relative Carte Costituzionali. Si tratta, peraltro, di prassi avallata dal Privy Council in qualità di autorità di ultima istanza. Si vedano i casi *Attorney General of Trinidad and Tobago v. Romanoop* [2005] UKPC 15; *Merson v Cartwright and Attorney General* [2005] UKPC 38; *Atain Takikota v Attorney General & Others (Bahamas)* [2009] UKPC 11; *Horace Fraser Appellant v Judicial and Legal Services Commission and the Attorney General of Santa Lucia*, Privy Council Appeal No 116 of 2006; sul punto v. più diffusamente WILCOX, *Punitive damages in the Armoury of Human Rights Arbitrator*, in MEURKENS, NORDIN, *The Power of Punitive Damages*, cit., 499, 509 ss.

⁵⁰ Il fondamento retributivo richiede che la scelta sull'imposizione della sanzione e sulla misura della stessa si basi unicamente sulla considerazione della condotta del reo, senza che a guidarla possano essere valutazioni di carattere estrinseco relative alle conseguenze che la imposizione di questa possa produrre in termini di utilità sociale (ad esempio in termini di deterrenza generale e speciale). Ed infatti, la punizione rappresenta un imperativo categorico che consegue alla condotta negativa, al male arrecato alla società dall'azione del colpevole, cui necessariamente deve seguire una reazione sociale negativa, l'imposizione di un male (il riferimento naturalmente è al pensiero kantiano). Il fondamento punitivo "puro", da una parte, pone l'accento sulla condotta illecita, richiedendone la gravità e che ad essa si accompagni l'intenzione o comunque uno standard soggettivo particolarmente elevato, dall'altra esso richiede che nella commisurazione del *quantum* si tenga conto unicamente della gravità della condotta e delle esigenze di proporzionalità della pena, non potendosi tollerare in quanto ingiusta una punizione eccessiva rispetto alla gravità dell'illecito. Sul punto, cfr. ELLIS, *Fairness and Efficiency*, cit., 4 ss.; Chapman, Trebilcock, *Punitive damages*, cit., 779 ss.

⁵¹ BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, libro III, Chicago, 1871, 1 -2; L'A. traccia la famosa distinzione *private wrongs* e *public wrongs*: i primi si caratterizzano come aggressioni ai diritti che fanno capo all'individuo considerato come soggetto privato, i secondi consistono nella rottura dei doveri nei confronti della collettività e nella violazione di "*public rights*" e, per tale ragione, offendono la collettività nel suo complesso. Come sottolineato da SEBOK, *Symposium Private Law, Punishment, and Disgorgement, Introduction: What does it mean to say that a remedy punishes?*, in 78 *Chi.-Kent L. Rev.*, 2003, 3, nel sistema blackstoniano alla simmetria tra *private wrongs* e *public wrongs* fa da contraltare una perfetta simmetria nella risposta rimediale che consegue al tipo di illecito (restando salva, naturalmente, la possibilità sul

di quest'ultima categoria di illeciti. Risulta, inoltre, evidente che, nella misura in cui l'istituto serva tale funzione, si verifica una potenziale sovrapposizione con il diritto penale⁵² oltre che un'evidente lacuna nel sistema delle garanzie sostanziali e processuali messe a disposizione del convenuto⁵³. Il fondamento punitivo "puro", intendendosi con tale espressione il perseguimento di finalità punitive per soddisfare l'interesse pubblico alla repressione di certi comportamenti, è esplicitamente riconosciuto da vari stati americani⁵⁴, alcuni dei quali, ammettono implicitamente la caratterizzazione quasi penalistica dei *punitive damages*

piano meramente fattuale che uno stesso comportamento integri gli estremi di entrambe le due classi di illeciti): alla prima categoria di illeciti appronta rimedio il diritto privato, restaurando il diritto violato o tramite il risarcimento del danno, alla seconda categoria di illeciti pone rimedio il diritto penale il cui compito non è quello di ristorare un diritto violato ma di assicurare il bene della collettività tramite gli strumenti della punizione e della deterrenza.

⁵² Come rilevato da SCHWARTZ, *Deterrence and Punishment in the Common Law of Punitive Damages: a Comment*, cit., 145, se si riconosce che i danni punitivi riposano sul medesimo fondamento del diritto penale, è evidente che la riflessione teorica sull'istituto debba chiedersi se il diritto penale non sia già sufficiente a supplire adeguatamente alle esigenze punitive che si manifestano all'interno di una data società. A tal proposito, si vedano anche CHAPMAN, TREBILCOCK, *Punitive Damages*, cit., 779 ss., i quali sostengono che è possibile accettare l'idea che la funzione propria del risarcimento punitivo sia quella retributiva a condizione che si accetti l'esistenza di un *tertium genus* di illeciti, a metà strada tra *public wrongs* e *private wrongs*, in riferimento al quale si giustificerebbe il ricorso ad un rimedio ibrido come il danno punitivo. Gli A., nondimeno, escludono che tale categoria di illeciti esista, giacché, essi sostengono, la distinzione tra i due tipi di illeciti si sostanzia in quella che passa tra la semplice violazione di un diritto e la violazione del diritto come categoria giuridica, tra cui, appunto, *tertium non datur*; *contra* v. MARKEL, *Retributive Damages: a theory of Punitive Damages as intermediate sanction*, in 94 *Cornell L. Rev.*, 2009, 239 ss. L'A. propone, *de iure condendo*, un modello pluralistico in cui all'interno della più generica etichetta di "*extracompensatory damages*" trovino posto tre diverse figure rimediali, rispettivamente volte alla compensazione del danno di natura dignitaria, alla realizzazione della deterrenza ottimale e alla retribuzione. Con riferimento a tale ultima finalità, egli propone un rimedio che denomina "*retributive damages*", destinato ad operare in funzione di sanzione intermedia, in quanto volta a perseguire finalità di retribuzione di comportamenti illeciti, ma amministrata nell'ambito del processo civile, seppur con l'applicazione di un regime intermedio di garanzie processuali, tra cui lo *standard* cd. della *clear and convincing evidence*, amministrato su iniziativa di soggetti privati (che a seconda delle scelte compiute dal singolo legislatore potranno essere soltanto coloro i quali siano danneggiati dal comportamento illecito, ovvero delle figure di *Private attorney general*), i quali verranno compensati per il ruolo rivestito nella difesa dell'interesse sociale alla repressione dei comportamenti illeciti, ma non con l'intero ammontare della sanzione inflitta. Secondo l'A. il modello così delineato, nel quale i comportamenti oggetto della sanzione dei *retributive damages* andrebbero previamente determinati dal legislatore, si da rispettare il fondamentale canone *nullum crimen sine previa lege poenali*, non sarebbero caratterizzati dalla loro appartenenza ad un *tertium genus*, ben potendo invece il legislatore tipizzare i comportamenti per i quali è prevista la predetta sanzione intermedia traendoli sia dall'ambito proprio del diritto civile sia da quello del diritto penale.

⁵³ Cfr. COLBY, *Beyond the Multiple Punishment Problem: Punitive Damages as Punishment for Individual, Private Wrongs*, in 87 *Minn. L. Rev.*, 606: «the modern consensus is that, although punitive damages serve criminal-law ends, they have rightly or wrongly been afforded a complete exemption from the special procedural rules designed to ensure fairness in the punishment of public wrongs».

⁵⁴ Sul punto v. SEBOK, *Punitive damages in the United States*, cit., 175 – 176. V. *Mosing v. Domas*, 830 So. 2d 967 (La. 2002).

allorché dichiaratamente affrontano le questioni connesse alla sovrapposizione tra tale rimedio e le sanzioni penali⁵⁵.

La funzione di “punizione privata” o di risarcimento “aggravato”. Un ulteriore profilo funzionale si situa a metà tra compensazione e punizione: quando opera in base ad esso, il danno punitivo consente di rimediare a quel particolare tipo di lesione che investe il diritto del soggetto al rispetto della propria dignità e si traduce nel diritto ad essere riconosciuti dai terzi come portatori di eguale valore morale.⁵⁶ La caratterizzazione mista⁵⁷ del predetto profilo funzionale è facilmente intuibile se si considera che in Inghilterra e nel resto del *commonwealth*⁵⁸ al rimedio della lesione di carattere dignitario è deputato l’istituto degli “*aggravated damages*”⁵⁹ (figura rimediale sconosciuta, invece, negli Stati Uniti) e che, secondo quanto costantemente affermato in quegli ordinamenti, ha natura compensativa pura. Negli Stati Uniti⁶⁰, al contrario, è mancato tale processo di scorporazione della componente rimediale in questione, che pure continua ad operare all’interno

⁵⁵ SEBOK, op. ult. cit., 176, enumera sette stati che esplicitamente hanno preso in considerazione la questione (Indiana, Maine, Minnesota, Nebraska, New Jersey, Vermont, and Washington); L’A. sottolinea come in Indiana ciò abbia condotto alla regola che proibisce la condanna al risarcimento punitivo nel caso in cui nei confronti del convenuto sia stata irrogata una sanzione penale (l’A. cita i seguenti casi: *Eddy v McGinnis*, 523 N.E.2d 737, 740 (Ind. 1988); *Taber v Hutson*, 5 Indiana Reports (Ind.) 323, 323 (1854)).

⁵⁶ Cfr. SEBOK, *Punitive damages from myth to theory*, in 92 *Iowa L. Rev.*, 2007, 957, 1008. Il concetto in questione non sembra particolarmente distante da quello comunemente accettato in alcuni ordinamenti continentali di “soddisfazione” e che viene usualmente collocato nell’ambito della compensazione. Cfr. STOLL, *Penal Purposes in the Law of Tort*, in 18 *Am. J. Comp. L.*, 1970, 1 ss.; l’A. fa riferimento, ad esempio, alla giurisprudenza tedesca in materia di diritti della personalità, sottolineando come questa riconosca la possibilità che il risarcimento sia aumentato in considerazione della condotta del danneggiante, che si caratterizzi per la sua particolare offensività, e come a partire dal 1955 è in base al concetto di soddisfazione (*Genugtuung*), distinto da quello di compensazione, che tale prassi viene ad essere giustificata dalle Corti. Eppure, nessun commentatore oserebbe affermare che il sistema tedesco della responsabilità civile accolga al suo interno il principio punitivo. Ciò si spiega alla luce della circostanza che, come dimostrato dalle analisi comparatistiche, la stessa forma di responsabilità può essere considerata come apertamente punitiva all’interno di un dato ordinamento giuridico, mentre un altro, sulla base di un differente percorso argomentativo, può negarne categoricamente il carattere punitivo: STOLL, op. loc. ult. cit., 5. Sul concetto di soddisfazione nell’ordinamento tedesco v. capitolo iv, § 5.

⁵⁷ Cfr. FELDTHUSEN, *Punitive Damages: Hard Choices and High Stakes*, in 1998 *N.Z. L. Rev.*, 1998, 741, 750, il quale, con riferimento all’ordinamento canadese, che, come è noto, riconosce la distinzione *aggravated-punitive damages*, osserva che in effetti il postulato della natura compensativa dei primi è difendibile più in teoria che in pratica e si presta a duplicazioni del risarcimento.

⁵⁸ La distinzione tra *exemplary* o *punitive damages* ed *aggravated damages*, di natura punitiva i primi, di natura escusivamente compensativa i secondi, è conosciuta in Canada, Nuova Zelanda, Irlanda.

⁵⁹ Sulla figura in questione e per la relativa casistica v. più diffusamente capitolo ii paragrafo 9.

⁶⁰ Lo Stato del Michigan costituisce un’eccezione nel panorama degli Stati Uniti d’America. Ed infatti, in quell’ordinamento il danno cd. punitivo costituisce una voce del risarcimento compensativo, volto a compensare il danneggiato «*for the humiliation, sense of outrage, and indignity resulting from injuries maliciously, willfully and wantonly inflicted by the defendant*»: *Kewin v. Massachusetts Mut. Life Ins. Co.*, 409 Mich. 401, 295 N.W.2d 50, 55 (Mich. 1980); *Veselenak v. Smith*, 414 Mich. 567, 327 N.W.2d 261, 264 (Mich. 1982); *Morganroth & Morganroth v. DeLorean*, 123 F.3d 374;

dello schema polifunzionale del risarcimento punitivo, in merito alla quale è ormai matura l'elaborazione teorica, anche alla luce dell'osservazione della figura degli *aggravated damages*. Ad ogni modo tale differenza non sposta i termini della questione.

Allorché il risarcimento punitivo opera in funzione rimediante rispetto al danno dignitario, viene nuovamente in considerazione la posizione della vittima della condotta illecita. Ed infatti, se continua a mantenere rilievo la caratterizzazione intenzionale della condotta del danneggiante, questa rileva con riferimento agli effetti che essa, per essere connotata da uno *standard* soggettivo più alto rispetto a quello richiesto per il risarcimento del danno compensativo, produce nella sfera giuridica del danneggiato, il quale viene a ritrovarsi nuovamente al centro dell'attenzione. In altre parole, la particolare coloritura in termini soggettivi della condotta del danneggiante, che si traduca nell'insulto, nell'umiliazione del danneggiato, oltre al danno, patrimoniale e non, che conseguirebbe alla medesima condotta se essa si caratterizzasse in termini di negligenza, produce un'ulteriore perdita nella sfera giuridica del danneggiato. Essa si sostanzia nella lesione della dignità dello stesso, del suo valore morale in quanto persona umana, e si traduce, sul piano fenomenico, nel senso di aggravamento⁶¹ della lesione subita, che il danneggiato sperimenta come diretta conseguenza della condotta "aggravata" del danneggiante.

La letteratura sul punto non concorda sulla caratterizzazione in termini compensativi o punitivi del predetto profilo funzionale: il nocciolo della questione dipende dalla risposta all'interrogativo sul se la lesione della dignità possa essere o meno oggetto di compensazione⁶². Ed infatti, quanti danno una risposta positiva⁶³, concludono che, assolvendo tale scopo, il rimedio funzioni in senso

⁶¹ Di qui l'appellativo usato in Inghilterra "*aggravated damages*".

⁶² La complessità del problema si coglie, ad esempio, in HAMPTON, *Correcting harms versus righting wrongs: the goal of retribution*, in 39 *UCLA L. Rev.*, 1992, 1659; secondo l'A., non tutto il diritto della responsabilità civile riguarda la compensazione di danni secondo il modello della giustizia correttiva: esiste infatti una categoria di perdite, denominate dall'A. "*moral injuries*", che si sostanziano nell'affronto alla dignità della vittima, al suo valore come persona umana. L'A. afferma che l'esigenza di una risposta retributiva nell'ambito dei rapporti interpretati si giustifica alla luce della diversa natura dell'interesse leso, appunto la dignità della vittima, la percezione che essa ha di sé come soggetto portatore di valore morale, che non è suscettibile di compensazione bensì di correzione, di riparazione; in ipotesi simili l'unico modo di porre la vittima nella posizione precedente l'illecito è quello di ristabilire il suo valore morale, non essendo sufficiente la semplice compensazione delle conseguenze negative, sul piano patrimoniale e non, dell'illecito. Cfr. anche RIPSTEIN, *Equality, Responsibility and the Law*, Cambridge, 1999, 151: «*although the victim suffered an additional dignitary loss, and the punitive damages serve to address that loss, their purpose is not to compensate for it. Indeed, their point is precisely that the dignitary loss is not compensable. They serve instead to vindicate the right*».

⁶³ Cfr. CHAPMAN, TREBILCOCK, *Punitive damages*, cit., 762 ss.; MARKEL, *How should punitive damages work?*, in 157 *U. Pa. L. Rev.*, 2009, 1383 ss.; sulla stessa linea sembra collocarsi OWEN, *Punitive damages as restitution*, in MEURKENS, NORDIN, cit., 119 ss.; v. anche GOLDBERG, *Two conceptions of tort damages: fair v. full compensation*, in *DePaul L. Rev.*, 2006, 435 ss.

puramente compensativo. Coloro i quali, invece, rispondono negativamente⁶⁴, ritengono che il meccanismo di funzionamento del rimedio possa, sotto tale profilo, qualificarsi in termini di punizione privata, ricoprendo il ruolo di “vendetta privata legalizzata”.⁶⁵ In entrambi i casi, rimane fermo che il danno punitivo funziona come rimedio di tipo civilistico volto a ristorare un particolare tipo di perdita subita da un soggetto privato, esclusa qualsiasi sua funzionalizzazione all’interesse pubblico alla punizione o alla deterrenza di comportamenti socialmente indesiderati⁶⁶.

⁶⁴ cfr. COLBY, *Beyond the multiple punishment problem*, cit., 613 ss., id, *Clearing the Smoke*, cit., l’A. attraverso un’approfondita analisi storica dell’istituto, afferma la natura del risarcimento punitivo come “*punishment for private wrongs*”, diverso dalla sanzione penale che consegue ad un *public wrong*. Secondo l’A., infatti, il danno punitivo costituirebbe un canale per convogliare il desiderio umano di vendetta nei confronti degli illeciti civili caratterizzati dall’insulto, dall’umiliazione della vittima, dalla lesione della sua dignità, cui storicamente esso si lega. Ed infatti, se nella fase storica in cui nel diritto inglese inizia ad emergere la distinzione tra diritto civile e penale, l’iniziativa privata nel processo penale si mantiene quale canale di soddisfazione del desiderio di vendetta dei privati, una volta affermatosi il monopolio pubblico dell’azione penale, è nel danno punitivo che lo stesso viene a convogliarsi, ma non come è oggi inteso, specialmente nel contesto americano, come punizione per la lesione dell’interesse pubblico, ma piuttosto come punizione a fronte dell’offesa inflitta al privato. La ricostruzione storica in parola, pur avendo in comune con quella proposta nel testo l’idea che ad un certo punto della sua storia il danno punitivo abbia subito una riconversione, ne differisce, perché ne propone una caratterizzazione in senso originariamente punitivo, mentre quella proposta nel testo propende per una caratterizzazione in senso originariamente compensativo. Su posizioni simili a quelle di Colby, SEBOK, *Punitive damages from myth to theory*, cit., 989 ss; id, Sebok, *Punitive damages in the United States*, cit., 173 ss.; ZIPURSKY, *A theory of Punitive damages*, cit., 151 ss., il quale riconosce la caratterizzazione duale del risarcimento punitivo nel senso che esso ingloba una componente punitiva di tipo pubblicistico ed una di tipo privatistico, la prima, che l’A. definisce punizione di tipo “oggettivo”, ricalca il diritto penale ma viene amministrata nell’ambito di un’azione civile; la seconda, di tipo soggettivo, viene descritta dall’A. come il “diritto a punire” (“*right to be punitive*”) che l’ordinamento riconosce a colui che sia stato vittima della altrui condotta intenzionalmente dannosa, autorizzandolo in tali ipotesi a pretendere la condanna del convenuto ad una somma maggiore rispetto a quella normalmente ammessa nell’ambito di un’azione in *tort*, e cioè il risarcimento compensativo.

⁶⁵ COLBY, *Clearing the smoke*, cit., 434. Ovviamente la risposta all’interrogativo circa la funzione che il risarcimento punitivo svolge allorché è chiamato a risarcire la lesione alla dignità riposa sulla risoluzione della questione a monte che verte sulla possibilità di compensare con il denaro la lesione della dignità umana.

⁶⁶ La differenza in parola investe la stessa fisionomia del diritto della responsabilità civile e si traduce nella distinzione che passa tra un sistema di responsabilità civile cui è riconosciuto un ruolo di “*public regulation*” e cioè di strumento finalizzato al perseguimento di interessi pubblici e, nell’ambito del quale, l’azione in giudizio del privato diventa mera occasione per perseguire ciò che si ritiene sia il bene dello Stato-collettività (ad esempio la punizione di certi comportamenti nell’interesse della collettività, obiettivi di deterrenza generale) e uno in cui lo stesso mantenga un ruolo di semplice strumento che offra rimedio alla lesione degli interessi dei privati, restando poi una questione legata alle scelte del singolo ordinamento considerato quali perdite ristorare e quali strumenti rimediali utilizzare. La distinzione può essere illustrata efficacemente con riferimento ad un caso concreto. Si prenda in considerazione il noto caso *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408 (2003), deciso dalla Corte Suprema americana; si tratta del penultimo caso in cui la Corte raffina l’apparato di revisione costituzionale del danno punitivo messo a punto nel corso di circa un decennio (sul punto v. più diffusamente capitolo iii). Questi in breve i fatti di causa: i Campbell sono clienti della nota compagnia assicurativa State Farm, avendo stipulato con la stessa una polizza assicurativa auto; a seguito di un sinistro, essi vengono citati in giudizio per *negligence*. State Farm, pur a conoscenza della legittimità della richiesta risarcitoria avanzata dai

La funzione di deterrenza. La seconda tra le due funzioni che usualmente vengono indicate dalle Corti a fondamento del risarcimento punitivo è quella deterrente.

Nella sua nozione classica la deterrenza costituisce un effetto secondario della primaria finalità punitiva-retributiva⁶⁷ e, in tal senso, assume una connotazione quasi-penalistica⁶⁸.

danneggiati, invece di offrire agli stessi un accordo transattivo nei limiti del massimale, peraltro modesto, della polizza assicurativa stipulata dai Campbell, pone in essere una serie di difese pretestuose. Il risultato sarà una condanna in solido dei Campbell e della Compagnia assicurativa al risarcimento in favore dei danneggiati, ben oltre il massimale della polizza. A questo punto, i Campbell agiscono in giudizio contro State Farm colpevole di avere violato il dovere extracontrattuale di buona fede che, secondo il diritto americano, inerisce al contratto assicurativo. Al processo, la giuria accerta non soltanto che State Farm ha agito in mala fede, e cioè deliberatamente adottando un comportamento processuale che molto probabilmente si sarebbe risolto in un danno per i Campbell, ma che tale comportamento non è fenomeno isolato ma costituisce la applicazione di una consapevole *policy* adottata dalla Compagnia nella gestione delle liti, al fine di massimizzare il proprio profitto: la strategia consiste nel cercare di risparmiare sui risarcimenti, adottando strategie processuali di difesa rischiose, con alta probabilità di condanne a risarcimenti ben oltre i massimali, a spese dei clienti. L'epilogo della vicenda è celeberrimo: la giuria condanna State Farm a risarcire ai Campbell 2,5 milioni di dollari in *compensatory damages* (ridotti poi dalla Corte Suprema dello Utah ad un milione di dollari) e 145 milioni di dollari in *punitive damages*. Il caso arriva alla Corte Suprema degli Stati Uniti, la quale, nell'accogliere il ricorso della società convenuta, in base all'eccessività del risarcimento punitivo, enuncia la sfortunata regola della cd. "*single digit ratio*". Nel caso in questione due diversi profili si candidano ad essere presi in considerazione nella scelta sull'*an* e sul *quantum* del risarcimento punitivo. È, cioè, possibile chiedersi quale sia la somma necessaria affinché venga affermato il legittimo interesse dello Stato a punire State Farm per la sua condotta antisociale e al contempo sufficiente a funzionare come deterrente, nei confronti di essa e delle altre compagnie assicurative, lanciando il messaggio che nello Stato dello Utah da quel momento in poi non sarà più possibile lucrare sulle spalle dei consumatori tramite strategie come quella descritta. È evidente che in questo caso è probabile che la somma si avvicini a quella liquidata in giudizio nei confronti di State Farm. A questo punto diventa d'obbligo chiedersi (come vedremo nel capitolo successivo, è quello che in parte ha fatto la Corte Suprema nell'ultimo ventennio) se non risulti ingiusto irrogare una pena di tale entità senza che al convenuto siano accordate le garanzie tipiche del processo penale e se davvero il diritto della responsabilità civile, che trova attuazione nell'ambito di un processo civile, tra soggetti privati, sia davvero ben attrezzato a funzionare come strumento di regolazione sociale o se non sia più appropriata, ad esempio, l'azione amministrativa.

Vi è, però, un ulteriore profilo che merita considerazione. Nel caso State Farm, la condotta della Compagnia, in quanto frutto della cinica strategia di profitto messa in opera in danno dei Campbell, consistente nella deliberata rottura del rapporto di fiducia che lega l'assicurato all'assicuratore, produce, oltre al danno non patrimoniale per la sofferenza e lo stress che i Campbell sperimentano nel corso dell'intera vicenda giudiziaria, un'ulteriore perdita: il deliberato disinteresse nei confronti della loro posizione giuridica dimostrato dalla Compagnia produce nei Campbell un senso di frustrazione determinato dalla consapevolezza di essere stati utilizzati come meri oggetti all'interno della strategia di profitto di State Farm, e si traduce in una lesione del diritto al rispetto della propria dignità che merita ristoro. Per calcolare quanto dovuto sotto tale profilo è necessario chiedersi quale sia la somma adeguata affinché la posizione dei Campbell sia ristorata *in toto*: non soltanto a titolo di compensazione delle sofferenze psichiche subite ma anche a titolo di soddisfazione per la lesione dignitaria subita. Naturalmente, se è a questo interrogativo che bisogna rispondere è evidente che la somma liquidata in *State Farm* risulterà spropositata. Sul punto v. GOLDBERG, *Law for federalists*, cit.

⁶⁷ HARDER, *Measuring the Law of Obligations, The Search for Harmonised Principles*, Oxford, 2010, 265; in giurisprudenza *A v Bottrill* (New Zealand) [2002] UKPC 44, per Lord Nicholls: «*Their primary function is to punish. They also serve as an empathic vindication of the plaintiff's*

L'accezione tradizionale del concetto di deterrenza sembra riposare su di un presupposto implicito, cioè, che la condotta illecita, su cui si appunta il risarcimento punitivo, vada considerata in sé totalmente illecita e come tale proibita dall'ordinamento⁶⁹. Tale ragione spinge le Corti a liquidare una somma

right and as a deterrent». A tal proposito cfr. anche ELLIS, *Fairness and Efficiency*, cit., 8, il quale annovera la deterrenza tra gli obiettivi strumentali di un risarcimento punitivo, nel senso che essa persegue un bene diverso rispetto alla punizione del convenuto per il compimento di un atto; in sostanza, alla domanda "perché il convenuto deve essere punito?" la risposta in questo caso risiede nell'obiettivo di "rendere migliore il mondo", ad esempio massimizzando il benessere sociale.

⁶⁸ È esclusivamente a questa prima accezione che, ad esempio, sembra far riferimento la giurisprudenza inglese: tale dato non stupisce se si considera che le teoriche sviluppate dall'analisi economica del diritto hanno avuto scarsa presa all'interno di quell'ordinamento. Ed infatti, spesso le Corti inglesi, in senso esplicativo della funzione di deterrenza, affermano che il risarcimento esemplare viene liquidato "*to teach the wrongdoer that tort does not pay*" e affinché esso possa costituire da esempio per la collettività: *ex multis*, *Rookes v Barnard and Others* [1964] A.C. 1129, 1227; *Broome v Cassell & Co Ltd (No.1)*, [1972] A.C. 1027, 1073; cfr. sul punto GALLIGHAN, *Augmented Awards*, cit., 9, 35-36, ove l'A. fa riferimento ad un concetto di *classical deterrence* contrapposto a quello di *efficient deterrence*.

⁶⁹ In tali ipotesi, in sostanza, il fondamento primario del risarcimento punitivo va correttamente individuato nella funzione retributiva o in quella che abbiamo definito come educativa, mentre la deterrenza costituisce solo una giustificazione secondaria. Tale evenienza si verifica, ad esempio, nelle ipotesi cd. di *intentional torts* (*battery, assault, false imprisonment...*), quelli che efficacemente SHARKEY, *Punitive damages as societal damages*, 113 *Yale L.J.*, 2003, 347 ss., denomina *traditional o historical torts*, e che si contrappongono alle figure di *torts* in merito alle quali, più di recente, specialmente nell'ambito del diritto statunitense, si è imposto il ricorso al risarcimento punitivo; queste ultime, a differenza dei primi, quasi sempre riguardano vicende dannose che non si esauriscono in senso bilaterale ma colpiscono una pluralità di soggetti, ed è con riferimento a queste che trova il suo campo di applicazione elettivo il concetto di deterrenza generale elaborato dall'analisi economica) che ancora oggi costituiscono una buona fetta della casistica dei vari ordinamenti (sul punto cfr. SEBOK, *Punitive Damages in the United States*, cit., 158; e *infra* i successivi due capitoli). Le condotte che vengono in considerazione in tali casi, infatti, si caratterizzano per la loro particolare pericolosità e usualmente sono penalmente illecite. La concessione del rimedio punitivo non trova la sua primaria ragion d'essere nell'esigenza di deterrenza di tali comportamenti, ma piuttosto sembra riflettere una scelta che l'ordinamento opera su basi etiche, vietando ai consociati determinati comportamenti dietro il pagamento di un "prezzo". La deterrenza, in questi casi, opera solo in via secondaria, a supporto di una scelta ordinamentale motivata su base retributiva o educativa-denunciativa.

L'argomentazione in parola si pone sulla medesima linea di quella avanzata da SCHWARTZ, *Deterrence and Punishment*, cit., 138, il quale, utilizzando, *mutatis mutandis*, lo schema terminologico proposto da CALABRESI E MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 *Harv. L.Rev.*, 1972, 1089, 1092, afferma che in tali casi l'ordinamento sceglie di proteggere un dato interesse con una *property rule* invece che con una *liability rule*. Nello stesso senso SHARKEY, *Punitive damages*, cit., 368, nt. 56, la quale sottolinea come rispetto a certi comportamenti anti-sociali e, come tali, del tutto proibiti, la funzione del danno punitivo diviene quella di divieto, senza che sia possibile pagare semplicemente il prezzo della violazione, e risultando l'interesse protetto presidiato da quella che l'A. definisce una *super-property rule*.

Non appare, a tal proposito, convincente la giustificazione in termini economico-efficientistici, ricorrente nell'ambito delle teorizzazioni dell'analisi economica, dell'imposizione del risarcimento punitivo in fattispecie di questo tipo: l'autore di tali condotte deriverebbe dalle stesse un beneficio illecito, in termini di piacere fine a sé stesso che egli trae dalla propria azione (che come tale non può essere incluso nel calcolo del benessere sociale derivante dalla sua condotta) con la conseguenza che sarebbe necessario accrescere la misura del risarcimento compensativo in modo tale che essa superi l'illecito piacere che questo ricava dalla propria azione, munendolo così di adeguati incentivi affinché si astenga dalla medesima in futuro; per una proposizione di tale

a titolo esemplare, rafforzando in tal modo la funzione monitoria propria della responsabilità civile⁷⁰. Si segnala, in sostanza, alla collettività che la condotta in questione è vietata dall'ordinamento e si scoraggia il convenuto dal futuro compimento di azioni simili.

Nel suo significato tradizionale la finalità di deterrenza propria del danno punitivo si esplica in due direzioni: la condanna del convenuto cosituisce esempio nei confronti dei consociati, i quali si asterranno in futuro dal compimento di condotte simili⁷¹; essa, inoltre, persegue finalità di deterrenza speciale, diffidando il convenuto dal porre in essere simili azioni in futuro.

Sotto tale primo profilo, risulta allora chiaro il messaggio insito nel *reasoning* delle Corti: il convenuto ha utilizzato indebitamente l'analisi costi-benefici, nel senso che non avrebbe dovuto utilizzarla affatto, giacché la situazione giuridica di cui è titolare l'attore non è suscettibile di divenire oggetto del bieco calcolo di profitto. In altre parole, in questi casi, l'obiettivo perseguito dalle Corti non è quello di spingere il convenuto ad effettuare correttamente l'analisi costi-benefici in futuro, al contrario il messaggio è che l'interesse violato non può essere comprato pagandone semplicemente il prezzo⁷².

argomento cfr., *ex multis*, POLINSKY, SHAVELL, *Punitive damages: an economic analysis*, cit., 908-909; ELLIS, *Fairness and Efficiency*, cit., 31 ss.

⁷⁰ Nel suo magistrale articolo *Punitive damages in Tort cases*, comparso sul quarantaquattresimo numero della *Harvard Law Review* nel 1931, Morris afferma che la responsabilità civile, essendo essa parametrata sul concetto di colpa, ingloba di per sé al proprio interno, accanto alla funzione compensativa, quella monitoria, intesa come prevenzione di comportamenti futuri indesiderati. Secondo l'A., i *punitive damages* sono solo uno degli strumenti di cui l'ordinamento si serve al fine di rafforzare in certe situazioni la funzione monitoria, che la responsabilità civile usualmente serve anche quando essa si limiti ad operare in senso puramente compensativo.

⁷¹ Scettico, sotto tale primo aspetto, appare DOBBS, *Law of remedies*, cit., 480, il quale sottolinea come, se si aderisse all'idea che le Corti condannano il malcapitato convenuto ad un risarcimento extracompensativo solo per fare del caso oggetto di cognizione un esempio per la collettività, si dovrebbe concludere che il convenuto divenga così mero ostaggio del potere della Corte. L'A. conclude, invece, nel senso che tale funzione sia più che altro declamata dalle Corti, senza che le stesse, al di là del mero utilizzo della relativa formula linguistica, vi prestino reale adesione.

Non pare, invero, che la funzione "esemplare" dell'istituto sia trascurabile. Quantomeno se si ammette che essa operi non tanto in funzione di deterrenza quanto in funzione educativa della collettività, rafforzando l'adesione della stessa ai valori di un dato ordinamento giuridico, presidiati all'occorrenza anche da un rimedio risarcitorio supracompensativo, che marchi l'importanza che determinati diritti rivestono all'interno di quella comunità giuridica. Spia dell'esistenza di una tale funzione è l'appellativo *exemplary damages*, ed essa sembra trovare conferma nelle fattispecie rientranti nella "prima categoria" conosciuta dall'ordinamento inglese, su cui v. il prossimo capitolo.

⁷² Cfr. *Roakes v Barnard*, 1964] A.C. 1129, 1227, ove il risarcimento punitivo nei casi di diffamazione viene giustificato con riferimento all'obiettivo di impedire che sia consentito "*to sell another man's reputation for profit*". Quanto detto emerge chiaramente dalla casistica inglese riguardante la seconda categoria, all'interno della quale rientrano quelle condotte animate dal calcolo di profitto, su cui v. il prossimo capitolo.

Il modello della deterrenza come internalizzazione dei costi. Accanto a tale prima accezione se ne colloca una seconda che può essere adeguatamente definita come “deterrenza generale” o come “internalizzazione dei costi”⁷³.

Si tratta, come è noto, di un concetto che ha trovato raffinata teorizzazione nell’elaborazione dell’analisi economica del diritto, secondo cui il risarcimento punitivo diviene strumento di promozione del benessere sociale⁷⁴ ogniqualvolta a tal fine risulti insufficiente il risarcimento compensativo.

Secondo il modello dell’analisi economica, il diritto della responsabilità civile si configura come strumento di ingegneria regolativa operante in base all’assunto che gli individui agiscano su base razionale e che razionalmente regolino la propria condotta alla luce degli incentivi provenienti dall’ambiente esterno. Esso costringe gli attori che agiscono sul mercato a tenere in conto tutti i costi derivanti dalla loro azione e produce due risultati complementari: l’adozione di un livello ottimale di precauzione nel perseguimento di una data attività sociale e la sua intrapresa ad un livello ottimale, per tale intendendosi quello in corrispondenza del quale il costo marginale complessivo dell’attività sia pari al beneficio marginale che da essa deriva.⁷⁵

Usualmente, l’imposizione in capo al danneggiante dell’obbligo di pagare un risarcimento pari al valore del danno cagionato risulta sufficiente a perseguire tali obiettivi. Ed infatti, tramite il risarcimento del danno il soggetto viene chiamato a sopportare i costi della propria azione e ciò fa sì che egli si risolva ad adottare un livello ottimale di misure idonee a prevenire il danno.

Il risarcimento punitivo, in tale quadro, entra in gioco allorché il risarcimento compensativo cessa di funzionare quale adeguato incentivo nei confronti del

⁷³ Si tratta di quella che CALABRESI nella sua celebre opera *The costs of accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Heaven, 1970, 27, definisce “*general deterrence*”.

⁷⁴ Una classica definizione di *social welfare* in uso presso i giuristi-economisti è quella che lo considera come la somma dei benefici che i soggetti ricavano dal perseguimento delle loro attività meno i costi che essi sopportano, inclusi i costi delle misure precauzionali adottate per prevenire il verificarsi di danni, di quelli associati al risarcimento dei danni che effettivamente si verificano, e dei costi associati all’uso del sistema giudiziario; sul punto cfr. POLINSKY, SHAVELL, *Punitive damages*, cit., 878.

⁷⁵ Cfr. CALABRESI, *The costs of accidents*, cit., 69-70, il quale si riferisce al concetto di deterrenza generale come *market deterrence*, evocando l’idea che il livello ottimale in corrispondenza del quale una data attività è perseguita e il livello ottimale di misure precauzionali adottate rispetto alla stessa possano essere raggiunti per effetto di uno spontaneo equilibrio di mercato. Secondo l’A., l’applicazione di tale concetto di deterrenza produce il risultato di far sì che ai soggetti sia lasciata la libera alternativa tra intraprendere una data attività sociale, a condizione che paghino tutti i costi che essa produce, compreso quello degli incidenti, e perseguire un’attività più sicura, in termini di incidenti che essa causa alla collettività. Nell’ambito di tale ragionamento, in sostanza, il costo associato agli incidenti che una data attività produce è considerato nel calcolo del prezzo che bisogna pagare per perseguire quell’attività e gli individui sono forzati ad operare le loro scelte tenendo conto di tutti i costi associati a ciascuna attività. Qualora ciò non avvenga, gli individui saranno portati a scegliere attività meno sicure in misura maggiore a quanto avverrebbe se fossero costretti a considerare adeguatamente il “prezzo” da pagare per perseguirle, comprensivo del costo degli incidenti alle stesse associate, con la conseguenza che il livello degli incidenti derivanti da una data attività risulterà superiore rispetto al livello socialmente desiderabile.

danneggiante o, detto altrimenti, quando il costo che l'attività posta in essere dal danneggiante impone sulla società risulta maggiore rispetto all'ammontare del risarcimento compensativo⁷⁶.

Una tale evenienza può presentarsi in due ordini di situazioni⁷⁷.

Il primo riguarda quelle situazioni di "sottocompensazione"⁷⁸ nelle quali l'ammontare del risarcimento compensativo, per ragioni inerenti alle regole giuridiche che presiedono al calcolo di tale voce di danno, sia determinato in misura minore rispetto al costo effettivo che l'attività illecita ha riversato sulla società.⁷⁹

⁷⁶ Per un prima ricognizione della letteratura in materia di *punitive damages* che si richiama alla prospettiva efficientistica: COOTER, ULEN, *Law and economics*, 5th ed., Boston, 2008, 396-397; LANDES, POSNER, *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge/Mass., 1987, 160-63; SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge/Mass., 2003, cap. 4, 9.3; COOTER, *Economic Analysis of Punitive Damages*, 56 S. Cal. L. Rev. 79 (1982); Id, *Punitive Damages for Deterrence: When and How Much?*, 40 Ala. L. Rev., 1989, 1143 ss.; DIAMOND, *Integrating Punishment and Efficiency Concerns in Punitive Damages for Reckless Disregard of Risks to Others*, 18 J.L.Econ. & Org., 2002, 117ss; HYLTON, *Punitive Damages & the Economic Theory of Penalties*, 87 Geo. L.J., 1998, 421 ss.; JOHNSTON, *Punitive Liability: A New Paradigm of Efficiency in Tort Law*, 87 Colum. L. Rev., 1987, 1385 ss.; POLINSKY, SHAVELL, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, cit., 3 ss.; SHARKEY, *Punitive Damages as Societal Damages*, cit.; DOBBS, *Ending Punishment in "Punitive" Damages: Deterrence-Measured Remedies*, cit.,

⁷⁷ La disamina di tali situazioni consente di palesare quale sia il contesto elettivo di riferimento della funzione di deterrenza generale, e cioè quello delle fattispecie di *torts* in grado di investire, quanto alle conseguenze dannose, una pluralità, spesso un'intera classe di soggetti (cd. *mass torts*). È evidente che, in questo senso, a venire in considerazione quale punto di riferimento del sistema di responsabilità civile non è più la semplice vicenda bilaterale tra due soggetti, bensì la condotta illecita in quanto causativa di un danno sociale. Sembra proprio tale constatazione ad animare la revisione critica proposta da SHARKEY, *Punitive Damages*, cit., la quale individua nel meccanismo del cd. "moltiplicatore" la chiave di volta di un sistema nel quale il risarcimento liquidato in un ammontare che tenga conto del danno subito da tutti i soggetti coinvolti anche se estranei al giudizio diviene strumento di compensazione del danno sociale prodotto dall'illecito (a condizione che vengano adottati adeguati meccanismi redistributivi, come ad esempio i cd. *splitting-statutes*, su cui v. il capitolo iii). Il punto nodale della distinzione tra un sistema di responsabilità che assuma a proprio paradigma i danni individuali, rispetto ad uno che attragga a sé «con disposizioni e trattamenti di protezione specifici il fenomeno dei danni di massa» è rilevato in SERIO, *Studi Comparatistici sulla responsabilità civile*, Torino, 2007, 20.

⁷⁸ Le ipotesi rientranti in tale prima categoria prestano il fianco ad una critica di facile intuizione: non sarebbe preferibile modificare le regole in materia di risarcimento del danno compensativo piuttosto che ricorrere al danno punitivo? Cfr. SCHWARTZ, *Deterrence and Punishment*, cit., 140.

⁷⁹ Tale prima categoria di ipotesi si basa, in sostanza, sul riconoscimento che in certe situazioni il sistema giuridico non consente di compensare determinati tipi di perdite, con la conseguenza che, guardando alla vicenda dall'angolo prospettico dell'esigenza di deterrenza generale, il danneggiante non sopporta tutti i costi della propria attività e non riceve adeguati incentivi al fine di prevenire i danni che da essa conseguono. A tale situazione di deterrenza subottimale, comunemente definita dagli interpreti *underdeterrence*, si può rimediare facendo pagare al danneggiante un *quantum* in più rispetto al risarcimento a titolo compensativo, tale da eguagliare i costi totali derivanti dalla sua azione. È possibile ad esempio che le regole in materia di causalità giuridica o in materia di *proximity* non consentano il risarcimento di determinate perdite. Tale evenienza si verificava in passato per le perdite subite dai prossimi congiunti, che non erano considerate risarcibili; altra ipotesi è quella del danno meramente patrimoniale (inteso come danno patrimoniale cui non si accompagna la lesione della persona o dei suoi beni) che, come è noto, risulta irrisarcibile nella maggior parte degli ordinamenti americani e nell'ordinamento inglese; afferma, a tal proposito, GALLIGAN, *Augmented Awards*, cit., che lo strumento del danno punitivo

La seconda ipotesi riguarda, invece, quelle fattispecie nelle quali il danneggiante non sia chiamato a sopportare l'intero costo della propria attività per carenze nell'efficacia del sistema giuridico (*underenforcement*)⁸⁰. In situazioni del genere, in presenza di un'attività dannosa che si protrae nel tempo, il danneggiante viene effettivamente chiamato a pagare il risarcimento dei danni in una certa percentuale di ipotesi: ciò si verifica, ad esempio, perché non sempre il danno viene scoperto, o se scoperto non sempre ne risulta individuabile l'autore, ovvero perché pur essendo consapevoli del danno e dell'identità dell'autore, data la sua scarsa entità

andrebbe utilizzato ogniqualvolta la ragione vera che si cela dietro la regola giuridica che nega la risarcibilità di una data perdita sia l'eccessivo costo che amministrare le relative azioni risarcitorie imporrebbe (si tratta della riproposizione in termini economici del noto "*floodgates argument*" caro alle Corti di *common law*); in tali casi, infatti, non ci si trova di fronte ad una scelta operata dall'ordinamento sulla base della valutazione del merito di un dato interesse, quanto invece di una valutazione di tipo propriamente amministrativo. Secondo l'A., ciò si verifica esattamente con la *no recoverability rule* in tema di danni puramente economici. In ipotesi siffatte soluzione adeguata, dal punto di vista della finalità di deterrenza generale, sarebbe quella di consentire ai titolari di un interesse risarcibile (perché lesi nella persona o nella proprietà) di ottenere un *quantum* risarcitorio che tenga conto anche del danno subito da coloro i quali non hanno azione in giudizio. A sostegno della propria tesi l'A. cita ad esempio un caso giurisprudenziale, *Guste v. M/V Testbank*, 752 F.2d 1019 (5th Cir.1985), concernente un disastro ambientale avvenuto per causa del riversamento di sostanze tossiche nel Mississippi a seguito dello scontro tra due navi. La Corte, nel selezionare le categorie di soggetti che avessero diritto al risarcimento del danno, esclude coloro i quali, non avendo subito un danno alla proprietà, avessero subito un danno di carattere economico, in omaggio alla regola precedentemente enunciata. Secondo l'A., in una situazione del genere, consentire ai soggetti legittimati ad agire di ottenere la condanna delle compagnie marittime ad un risarcimento punitivo avrebbe consentito di tenere in conto le perdite subite dai soggetti non legittimati ad agire in giudizio, facendo sì che comunque le prime fossero costrette ad internalizzare l'intero costo sociale della propria azione. L'esempio in questione rende palese uno degli assunti su cui riposa l'analisi in termini economici del danno punitivo e cioè che, da un punto di vista efficientistico, risulta indifferente chi sia il destinatario della somma liquidata a tale titolo, ed in particolare se il destinatario e l'effettivo danneggiato non coincidono; cfr. POSNER, *Economic analysis of law*, 1972, 78. Inutile dire, come da più parti sottolineato, che una tale conclusione stride con il fondamentale principio che vuole che uno spostamento di ricchezza sia sempre giustificato, contribuendo così ad accentuare le difficoltà teoriche nell'accettazione del modello giuseconomico. Non può, peraltro, non sottolinearsi come la conclusione cui Galligan giunge con riferimento al caso prospettato sia totalmente diversa da quella di cui in POLINSKY, SHAVELL, *Punitive Damages*, cit., 903-904 con riguardo alla nota vicenda da cui originò il caso *Exxon Shipping Co., et al., Petitioners v. Grant Baker, et al.*, 554 U.S. 471 (che al momento della pubblicazione dell'articolo citato non era ancora giunto all'attenzione della Corte Suprema degli Stati Uniti) e che concerneva egualmente un disastro marittimo, seppur di proporzioni ben più devastanti. Ed infatti questi ultimi, basandosi esclusivamente su esigenze di correzione di situazioni di *underenforcement*, osservano che in casi di questo tipo il danneggiante non ha nessuna possibilità che la sua condotta sfugga al giudizio di responsabilità, concludendo perciò che, in ipotesi di tal fatta, risulta inappropriato un risarcimento punitivo.

Rientra all'interno delle perdite non legalmente compensabili, ma con esclusivo riferimento al contesto americano, l'ammontare delle spese di lite, tant'è che spesso l'esigenza di far sì che il danneggiato recuperi le spese di lite viene annoverata tra le finalità proprie del risarcimento punitivo. Esse rappresentano al contempo un costo sociale prodotto dall'azione del danneggiante.

⁸⁰ Come osservato da HARDER, *Measuring damages*, cit., 267, in queste ipotesi, pur essendo le perdite di cui si tiene conto nel calcolo dell'ammontare del danno punitivo compensabili *in toto* secondo le regole del sistema giuridico, è la situazione di *underenforcement* a determinare un risvolto inefficiente.

o data la propria avversione verso il sistema processuale, i danneggiati preferiscono non agire in giudizio⁸¹.

In tutte queste situazioni, il danneggiante, non sopportando tutto il costo sociale prodotto dalla propria attività, riceve degli incentivi inadeguati in base ai quali regolare la propria azione futura. Ed infatti, poiché in genere gli attori sul mercato regolano la propria azione in base ad un'analisi costi-benefici, e poiché in tale calcolo i costi di un'attività sono valutati tenendo conto, oltre che delle spese necessarie a perseguirla, del valore degli eventuali risarcimenti del danno che l'attore prevede sarà costretto a pagare, è evidente che se il sistema non forza i soggetti ad internalizzare tutti i costi della propria attività, il calcolo da essi compiuto sarà stimato impropriamente per difetto. Ciò comporta che il livello di precauzioni adottato per prevenire gli incidenti sarà più basso di quello ottimale e il livello sociale in corrispondenza del quale quell'attività è posta in essere risulterà più alto rispetto al necessario⁸².

⁸¹ Cfr. POLINSKY, SHAVELL, *Punitive Damages*, cit., 887 ss.

Il concetto può essere chiarito tramite un esempio; prendiamo in considerazione quello di COOTER, ULEN, *Law and Economics*, cit., 396: un produttore di additivo per carburante può scegliere se effettuare un controllo di qualità di alto livello o uno di basso livello, il primo gli costa 9.000 dollari per anno, il secondo costa meno ma, data la sua minore efficacia, con esso alcune partite di additivo risulteranno difettose, producendo danni alle automobili per un valore atteso pari a 10.000 dollari. Il produttore adotterà il controllo di qualità più alto solo se si aspetta di essere citato in giudizio da tutti i consumatori danneggiati. Se, invece, in genere solo un consumatore danneggiato su due fa causa allora il produttore agirà nella prospettiva di essere chiamato a rispondere soltanto per un valore complessivo di 5000 dollari e per tale ragione, effettuando *ex ante* l'analisi costi benefici, sceglierà di adottare il controllo di qualità di livello più basso. Tale risvolto risulta, però, inefficiente dato che il danno complessivamente prodotto dal produttore rimane pari a 10000 dollari. Se l'ordinamento giuridico interviene, raddoppiando il risarcimento compensativo, il produttore sarà costretto a pagare l'intero ammontare del danno provocato e terrà conto di tale costo nelle proprie determinazioni future.

⁸² Il punto è chiarito in GALLIGAN, *Augmented Awards*, cit., 20-22: il livello di misure precauzionali che i soggetti adottano nel perseguire una data attività si basa su un calcolo effettuato *ex ante* che consiste nel comparare il costo associato ad una data misura precauzionale con quello associato alla stima preventiva del costo monetario degli incidenti che quell'attività potrà causare, pari a sua volta alla probabilità che un'incidente si verifichi moltiplicata per il valore monetario del danno prodotto. L'agente adotterà la misura precauzionale solo qualora dall'operazione previamente descritta risulti che il costo della precauzione è minore di quello del danno preventivato (inteso come valore del danno moltiplicato per le probabilità del suo verificarsi). Ed infatti, come ci dice la cd. *Learned Hand formula* (cd. dal nome del giudice che per primo la formulò in *United States v Carroll Towing Co* 159 F2d 169 (2d Circ 1947)), se risulta in giudizio che il danno avrebbe potuto essere evitato adottando una misura precauzionale di costo inferiore al valore atteso del danno, il danneggiante è per definizione negligente. Il problema che si verifica con l'analisi costi-benefici è che il soggetto tende in genere ad utilizzare come misura del danno futuro derivante dalla propria azione il valore dei risarcimenti (e delle somme pagate per effetto di eventuali accordi transattivi stipulati) cui l'attività considerata ha in passato dato luogo, con la conseguenza che in situazioni nelle quali sistematicamente si verifichi una mancata corrispondenza della misura dei risarcimenti all'effettiva misura del danno prodotto da una data attività, l'azione degli agenti coinvolti in quell'attività tenderà a sottostimare il costo associato alla stessa. Il risarcimento punitivo, nell'ambito delle teorie giuseconomiche, serve proprio a costringere i soggetti a tenere conto dell'intero costo sociale derivante da una certa attività, regolando in base ad esso la propria azione futura.

Nelle due classi di ipotesi previamente considerate il danno punitivo consente di innalzare la misura dei *compensatory damages*, sì da rendere la somma liquidata esattamente corrispondente all'intero ammontare del costo sociale prodotto dal danneggiante con la propria attività.

Sopra, si è definito quello dell'internalizzazione dei costi come un "modello"⁸³: tale definizione sconta le perplessità e le difficoltà che esso pone in punto di liquidazione del danno punitivo.

Il metodo maggiormente noto è quello che si basa sul cd. moltiplicatore.

In base ad esso, per calcolare l'ammontare ottimale di *punitive damages* è necessario procedere ad un'operazione algebrica consistente nel moltiplicare il *quantum* liquidato a titolo compensativo per l'inverso della probabilità che il danneggiante sia effettivamente chiamato a risarcire il danno⁸⁴. L'effetto che sul piano fattuale si produce è quello di far sì che il convenuto risarcisca all'attore, non soltanto il danno da questo subito in prima persona, ma anche quello patito da soggetti che, essendo stati ugualmente danneggiati, nell'ambito di una vicenda avente risvolti dannosi plurimi, riferibili ad un'intera classe di individui, sono del tutto estranei al giudizio⁸⁵. Il problema che tale metodo di calcolo pone si rivela di facile intuizione sul piano pratico: se a livello teorico è semplice immaginare che una giuria o un giudice possano procedere ad un'adequata stima delle probabilità che il convenuto vada esente da responsabilità, l'operazione si rivela tutt'altro che semplice nelle concrete vicende processuali.⁸⁶

⁸³ Cfr. sul punto *Cooper Industries, Inc., v. Leatherman Tool Group, Inc.*, 532 U.S. 424; 121 S. Ct. 1678: l'opinione della Corte, redatta dal giudice Stevens, nel riferirsi al modello della deterrenza ottimale afferma che, per quanto esso possa essere attrattivo sul piano astratto delle politiche del diritto, in realtà le giurie usualmente non intraprendono i raffinati ragionamenti richiesti dai teorici della *law and economics*. D'altronde, continua la Corte, quella della deterrenza non è l'unica funzione che il danno punitivo serve, né necessariamente per deterrenza si intende il concetto di deterrenza ottimale cui fanno riferimento i giuristi-economisti. La Corte rincara poi la dose e, citando Galanter e Luban, afferma che i cittadini e i legislatori sono spesso disposti a tollerare qualche diseconomia pur di scoraggiare condotte che essi considerano moralmente riprovevoli, pur se si tratti di condotte efficienti dal punto di vista economico. La Corte sembra, dunque, avallare una delle più frequenti critiche rivolte al modello dell'analisi economica, quella di porre l'efficienza (intesa nel significato precisato in precedenza) come unico parametro di riferimento delle scelte giuridiche. Ed infatti, essa afferma che l'efficienza è solo uno delle molteplici variabili che l'ordinamento deve tenere in considerazione.

⁸⁴ Cfr. POLINSKY, SHAVELL, *Punitive damages*, cit., 888 ss.; riprendendo l'esempio citato alla in precedenza in nota, poiché in quel caso il produttore ha una probabilità su due di essere chiamato a risarcire il danno, il moltiplicatore sarà pari all'inverso di tale valore $\frac{1}{2}$ e, cioè, $1/\frac{1}{2}$, sarà, quindi, pari a 2.

⁸⁵ Il metodo di calcolo in questione ha fatto presa all'interno della giurisprudenza di alcune giurisdizioni statunitensi e alcuni dei giudizi più famosi sono proprio il frutto di tale tipo di modello. Esso sembra però essere ormai fuori dai giochi. Ed infatti, proibisce espressamente di considerare nella liquidazione del danno punitivo il danno subito da soggetti estranei al giudizio la regola fissata da Corte Suprema degli Stati Uniti in *Philip Morris USA v. Williams*, 549 U.S. 346, 353-54, (2007).

⁸⁶ Cfr. HARDER, *Measuring damages*, cit., 268 -269; SEBOK, *Punitive damages from myth to theory*, cit., 976 -989 il quale critica sia sul piano pratico che sul piano empirico l'assunto che l'obiettivo della deterrenza efficiente possa essere perseguito attraverso l'uso dell'istituto del danno punitivo. Sulla stessa linea la Corte Suprema degli USA in *Cooper Indus. v. Leatherman*

I restanti due profili funzionali da esaminare assumono un ruolo di minore importanza nell'economia dell'istituto.

La funzione compensativa. Il risarcimento punitivo opera talora in funzione compensativa. Ciò si verifica (nel sistema statunitense, in cui, come è noto, nella maggioranza dei casi le spese processuali restano a carico delle parti) a titolo compensativo delle spese di lite.⁸⁷

La funzione di “law enforcement”. Il cd. “windfall” che l'attore riceve, per il tramite di un ammontare risarcitorio superiore a quello necessario a compensare il danno, e che in genere è additato tra i punti maggiormente critici dell'istituto, acquista una particolare luce positiva se lo si considera dal punto di vista delle sue potenzialità di rafforzamento dell'efficacia del sistema giuridico. Ed infatti, è la prospettiva di un “guadagno” che spesso spinge l'attore, specialmente in ipotesi in cui il danno subito sia di modesta entità, ad agire in giudizio. In tal modo l'azione privata⁸⁸ risulta servente rispetto all'interesse pubblico a che le condotte di flagrante violazione delle regole ordinamentali siano portate in giudizio⁸⁹.

Come si è già accennato in precedenza, e come emergerà dall'analisi di dettaglio dell'ordinamento inglese e di quello americano, la presa di coscienza sulla coesistenza di più di una funzione alla base dell'istituto del danno punitivo consente di analizzare le soluzioni dagli stessi proposte avendo di mira due obiettivi: il primo è quello di valutare criticamente le singole soluzioni offerte o le questioni che si pongono in punto di concreta disciplina, anche in prospettiva *de iure condendo*, tenendo conto delle loro implicazioni dal punto di vista

Tool Group, Inc., 532 U.S. 424, 439, (2001) che afferma a tal proposito: «*However attractive such an approach to punitive damages might be as an abstract policy matter, it is clear that juries do not normally engage in such a finely tuned exercise of deterrence calibration when awarding punitive damages*».

⁸⁷ Si consideri che, dato l'alto costo del sistema processuale, in genere tali spese ammontano a circa un terzo del valore della causa; ciò comporta che, liquidato quanto spetta all'attore a titolo compensativo, questi venga a trovarsi dopo il giudizio in una situazione peggiore rispetto a quella in cui si sarebbe trovato se l'illecito non si fosse verificato. Poiché i casi in cui ricorrono le condizioni per la concessione del risarcimento punitivo si caratterizzano per l'alto grado di repressibilità della condotta della parte convenuta, è lecito supporre che in queste ipotesi considerazioni di giustizia inducano a far sì che sia quest'ultima a dover sopportare il costo delle spese di lite. La particolare repressibilità della condotta del convenuto funge da ragione giustificatrice dell'abbandono, in tali casi, della regola ordinaria. Allo stesso modo, tale caratterizzazione della condotta illecita, determina in molti casi un “rilassamento” delle ordinarie regole in materia di risarcimento compensativo del danno, consentendo di liquidare all'attore un *quantum* aggiuntivo che comprenda perdite usualmente non risarcibili; ad esempio le ordinarie regole in materia di quantificazione del danno precludono di risarcire all'attore perdite che egli non sia in grado di provare con esattezza. Cfr. OWEN, *A punitive damages overview*, cit., 378 – 379. Come ricordato sopra il danno punitivo svolge una funzione esclusivamente compensativa delle spese di lite in Connecticut: *Kelsey v. Connecticut State Emp. Ass'n*, 179 Conn. 606, 427 A.2d 420 (1980).

⁸⁸ In tal senso si è soliti riferirsi al soggetto privato quale “*private attorney general*”.

⁸⁹ Sul punto, cfr. OWEN, *A punitive damages overview*, cit., 380 – 381; CHAPMAN, TREBILCOCK, *Punitive Damages: Divergence in Search of a Rationale*, cit., 779 – 781; RUSTAD & KOENIG, *The historical continuity*, cit., 1322-26; in giurisprudenza v. *Jackson v. Johns-Manville Sales Corp.*, 781 F.2d 394, 403 (5th Cir.); *Fay v. Parker*, 53 N.H. 342, 347 (1872)

funzionale. Il secondo, in prospettiva più ampia, è quello di verificare se e quale funzione sia prevalente in ciascun ordinamento e come ciò influisca sulla fisionomia complessiva dell'istituto.

Ed infatti, adottando il modello argomentativo proposto da due Autori⁹⁰, ciascun profilo funzionale importa ben diverse conseguenze sia con riferimento a questioni di prim'ordine, quali la individuazione dei criteri che presiedono alla definizione dell'*an*⁹¹ e del *quantum* del risarcimento punitivo; sia su questioni di secondo piano che tutti gli ordinamenti che conoscono l'istituto si pongono, in misura maggiore o minore. Tra queste ultime, ad esempio, il grado di garanzie processuali da accordare al convenuto, lo *standard* probatorio da adottare, la estensibilità della copertura assicurativa al danno punitivo; il problema della responsabilità d'impresa, a titolo punitivo, per il fatto del dipendente; la questione del cd. *windfall*.

⁹⁰ Il riferimento è a CHAPMAN, TREBILCOCK, *Punitive damages: Divergence in search of a rational*, cit.

⁹¹ Per fare un esempio, se si adotta quale principale ragione giustificativa del risarcimento punitivo la retribuzione, di stampo pseudo-penalistico, la caratterizzazione della condotta illecita acquista un ruolo centrale e diventa problematica l'inclusione di stati soggettivi non intenzionali, come ad esempio la *gross negligence*, tra quelli che consentono di dar luogo a risarcimento punitivo. Alla conclusione opposta, cui però significativamente nessun ordinamento sembra aderire, si giunge se a fondamento dell'istituto si pongono finalità di deterrenza efficiente: è noto, infatti, che per i giuristi la repressibilità della condotta è elemento irrilevante per la scelta sulla concessione del risarcimento punitivo. Con riferimento al *quantum*, ancora, diverse saranno le conseguenze a seconda che a prevalere sia il modello punitivo pubblicistico o quello punitivo-privato o ancora quello efficientistico: nel primo caso la somma liquidata deve essere tale da soddisfare le esigenze punitive dello Stato, ma rispettosa dei principi di giustizia tipici del diritto penale, ad esempio quello della proporzionalità della pena; nel secondo caso il *quantum* dovrà essere parametrato alle esigenze di ristoro del danno dignitario subito dall'attore (e si prevede sarà più modesto rispetto agli altri due casi); nel terzo la misura del danno punitivo andrà parametrata all'esigenza di internalizzazione dei costi.

CAPITOLO II

I DANNI ESEMPLARI NEL SISTEMA INGLESE

1. Il modello inglese delle “categorie”

Poco meno di un trentennio orsono, nel 1985, il giudice Stephenson affermava, sedendo nel collegio giudicante della Court of Appeal nel caso *Riches and Others v. News Group Newspapers Ltd*⁹², che lo stato del diritto inglese in materia di danni esemplari “*cries aloud ... for Parliamentary intervention*”. L’affermazione è divenuta celebre, soprattutto perché, come constatava già allora l’illustre giudice, il Parlamento è rimasto sordo nei confronti di tale “grido di aiuto”. Ed infatti, in più di un’occasione il Legislatore inglese ha palesato il proprio intento di non intervenire affatto nella materia dei danni esemplari⁹³, nonostante essa

⁹² [1986] Q.B. 256.

⁹³ Nel 1999, in sede di interrogazione parlamentare, il Governo rendeva noto che, pur accettando le raccomandazioni formulate dalla LAW COMMISSION nel *report* su *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages* (Law Com Rep No. 247) pubblicato nel 1997, intendeva rinviare nel tempo un intervento legislativo in materia di danni esemplari, in ragione dello scarso consenso esistente sulle soluzioni da adottare per via legislativa, ed augurandosi che fosse un eventuale futuro intervento giurisprudenziale a chiarificare la questione. Così si espresse Mr. Lock, parlando a nome dell’esecutivo: «*I am pleased to be able to announce that the Government accepts the recommendations on aggravated and restitutionary damages that the Law Commission made in "Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages" (Law Com Rep No. 247). They will legislate when a suitable legislative opportunity arises.*

This Report also made recommendations for legislation on exemplary, or punitive, damages. The Government are grateful to the Law Commission for its important and painstaking work on this subject, and to those who expressed their views during the Law Commission's consultation exercises on the topic. The contending arguments for a complete legislative overhaul of exemplary damages, as recommended by the Law Commission, or abolition as preferred by many commentators, are finely balanced. In the absence of a clear consensus on the issue the Government have decided not to take forward the Law Commission's proposals for legislation on exemplary damages. It may be that some further judicial development of the law in this area might help clarify the issues.» (Hansard, HC Debates, 9 novembre 1999, col. 502).

Il Governo ha, poi, confermato la propria posizione di “non intervento” nel “*Consultation Paper*” pubblicato nel 2007 sul tema “*The law on damages*”: «*The Government accepts the decision in Kuddus, which represents a sensible change removing an arbitrary restriction on claims, but considers that there should be no further lessening through statute of the restrictions on the availability of exemplary damages. The purpose of the civil law on damages is to provide compensation for loss, and not to punish. The function of exemplary damages is more appropriate to the criminal law, and their availability in civil proceedings blurs the distinctions between the civil and criminal law. The Government does not intend any further statutory extension of their availability.*», Department for Constitutional Affairs (DCA), *The law on Damages* CP 9/07, May 2007. Ma il vento potrebbe star per cambiare: v. par. 3, allorché si fa riferimento alle disposizioni di cui alle sez. 34 – 42 del *Crime and Courts Act* 2013.

manifestasse e manifesti a tutt'oggi più di una criticità, e benché giudici e giuristi abbiano costantemente messo in luce che l'apparato regolativo vigente presenta molteplici profili di ingiustizia nella sua concreta applicazione pratica.

La dottrina dei danni esemplari vede la luce in Inghilterra, nei due casi del 1763 *Wilkes v. Wood*⁹⁴ ed *Huckle v. Money*⁹⁵. In essi per la prima volta fu riconosciuta la possibilità che la giuria accordasse un risarcimento monetario non soltanto a titolo di soddisfazione in favore del danneggiato ma anche al fine di punire il danneggiante, scoraggiare condotte simili in futuro ed esprimere l'indignazione della giuria nei confronti della condotta del convenuto.⁹⁶ La teorica in questione si sviluppa, si perfeziona e si consolida nell'arco di circa due secoli, come dimostra la ricca serie di precedenti sul punto⁹⁷, fino al 1964, anno nel quale si impone sulla scena il *dictum* di Lord Devlin reso nel noto caso *Rookes v. Barnard*⁹⁸. La decisione in parola rappresenta ancor oggi il *leading case* in materia di risarcimento esemplare nell'ordinamento inglese ed ha certamente avuto un effetto dirompente nei confronti dell'istituto di cui qui ci si occupa, confinandolo negli angusti spazi in cui ancora oggi esso si trova a vivere, quelli delle tre categorie di cui si dirà diffusamente appresso, e arroccando, al contempo (a torto o a ragione, su questo aspetto ci si soffermerà nel corso del presente capitolo) il diritto inglese in una posizione non condivisa da nessun altro paese di *common law*.

Lo stato dell'arte precedente la decisione citata vedeva il diritto inglese assestarsi su una posizione non dissimile da quella che, ancor oggi, caratterizza gli altri paesi della famiglia *common law*⁹⁹: in sintesi, il rimedio del risarcimento esemplare veniva accordato a fronte di una condotta del convenuto che per le sue caratteristiche si rendesse meritevole di punizione, con finalità precipua di retribuzione e di deterrenza; tale condotta veniva descritta dalle sentenze con vari appellativi come crudele, oltraggiosa, violenta, insolente, fraudolenta o posta in essere in palese disinteresse e disprezzo per i diritti altrui.¹⁰⁰

⁹⁴ (1763) Lofft. 1.

⁹⁵ (1763) 2 Wil's KB 205.

⁹⁶ Così il Giudice Pratt nell'istituire la giuria (*Wilkes v. Wood*, (1763) Lofft. 1, 18 -19) : «*Damages are designed not only as a satisfaction to the injured person, but likewise as a punishment to the guilty, to deter from any such proceeding for the future, and as a proof of the detestation of the jury to the action itself*»

⁹⁷ Per una disamina del diritto inglese in materia di risarcimento esemplare nella fase temporale precedente il *leading case* *Rookes v. Barnard and Others*, [1964] A.C. 1129, v. *infra* par. 2.

⁹⁸ *Rookes v. Barnard and Others*, [1964] A.C. 1129. Per un commento della sentenza v. HOFFMAN, *Rookes v. Barnard*, in *Law Quarterly Review*, 1965, 166 ss.; FORD, *Damages, Punitive or Exemplary Damages - A Canadian View of Rookes v. Barnard*, in *Alberta Law Review*, 1965, 159 ss.;

⁹⁹ Cfr. TETTENBORN, *Punitive Damages - A View from England*, secondo il quale «*until 1963 the position in England regarding the availability of punitive damages would not have been too unfamiliar to an American observer*».

¹⁰⁰ Cfr. Mayne & McGregor on *Damages*, 12th ed. (1961), par. 207/208: «*Such damages are variously called punitive damages, vindictive damages, exemplary damages, and even retributory damages. They can apply only where the conduct of the defendant merits punishment, which is*

Due furono le novità apportate dal caso *Rookes v. Barnard*¹⁰¹.

La prima consiste nella distinzione, formulata per la prima volta, tra *exemplary damages* ed *aggravated damages*¹⁰², i primi di natura propriamente punitiva, con finalità cioè retributiva e deterrente, i secondi, invece, dal carattere puramente compensativo, caratterizzandosi essi come una sotto-specie di risarcimento del danno morale–psichico, volta a compensare parte attrice per l’ulteriore aggravamento del danno patito che si determina per effetto delle caratteristiche particolarmente esecrabili della condotta del convenuto. L’aggravamento della condotta del danneggiante, in quanto caratterizzata da dolo, disprezzo, malizia etc. si traduce puntualmente in un approfondimento correlativo della lesione subita dal danneggiato, in ragione della sua idoneità a colpire la dignità e il senso di onore di quest’ultimo. Questi beni potranno essere ripristinati soltanto tramite la condanna del convenuto al pagamento di una somma ulteriore rispetto a quella che serve per compensare, secondo le regole generali, il danno morale – psichico (*mental distress*).

La seconda novità consiste nella enunciazione da parte di Lord Devlin di tre categorie di casi nei quali soltanto è consentita la condanna al risarcimento esemplare: i) casi in cui la condotta lesiva sia posta in essere da un pubblico ufficiale e si caratterizzi come arbitraria, oppressiva o incostituzionale; ii) casi in cui il danneggiante ponga in essere la condotta lesiva sulla base del calcolo che il profitto realizzato supererà il risarcimento eventualmente dovuto al danneggiato a titolo compensativo (*wrongdoing for profit*); iii) tutte le ipotesi in cui il rimedio del risarcimento esemplare sia espressamente previsto dalla legge.

Quel che fu subito chiaro e che non pare revocabile in dubbio è che le tre *categories* non furono affatto il frutto di una semplice razionalizzazione del *case law* precedente operata da Lord Devlin¹⁰³.

only considered to be so where his conduct is wanton, as where it discloses fraud, malice, violence, cruelty, insolence or the like, or, as it is sometimes put, where he acts in contumelious disregard of the plaintiff's rights. ... Such damages are recognised to be recoverable in appropriate cases of defamation».

¹⁰¹ [1964] A.C. 1129.

¹⁰² Fino ad allora, i due termini erano stati utilizzati pressoché come sinonimi, allo stesso modo di altri appellativi parimenti in uso, seppur meno frequente, ad esempio *vindictive damages*, *retributive damages et cetera*; ancora oggi nel diritto degli Stati Uniti l’espressione “*aggravated damages*” è considerata alternativa a quella “*punitive damages*”, anche se, per la verità, è usata di rado. Canada, Australia e Irlanda, pur non avendo accolto all’interno del proprio ordinamento le limitazioni imposte da *Rookes v. Barnard* al risarcimento punitivo, hanno però fatto propria la distinzione tra *punitive damages* ed *aggravated damages*, riconoscendo quest’ultima voce di risarcimento come autonoma e separata rispetto alla prima. Sul punto v. SEBOK, WILCOX, *Aggravated Damages*, in KOZIOL, WILCOX (a cura di), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Vienna, 2009, 266 ss., in particolare, per i *leading cases* di tali ordinamenti sul punto v. nt. 42, 43, 44. La categoria degli “*aggravated damages*” sarà oggetto di esame nel paragrafo 9 di questo capitolo.

¹⁰³ Cfr. WEIR, *A casebook on tort*, Londra, 1st ed., 1967, 237: «Until this judgment ... no one had any doubt that punitive damages might be awarded for any wilful tort. It is very gravely to be regretted that their award is now restricted». D’altronde lo stesso Lord Devlin ne era ben consapevole: «I am well aware that what I am about to say will, if accepted, impose limits not

L'operazione complessiva realizzata dallo stesso fu di ben più ampio respiro, se la si considera sotto il profilo della sua idoneità ad incidere sullo stato del diritto inglese. Il percorso argomentativo seguito dal giudice si articola, in sintesi, nei seguenti due distinti passaggi: *in primis*, come già ricordato, fu tracciata una netta linea di demarcazione tra *exemplary damages* ed *aggravated damages*; a tal fine, Lord Devlin sostenne che una attenta analisi dei precedenti recanti condanna a risarcimenti esemplari rivelasse, nella maggioranza dei casi, come la *ratio decidendi* della sentenza non fosse riconducibile al principio punitivo in campo risarcitorio, quanto invece a quello compensativo nei confronti dell'aggravamento della lesione subita dall'attore per effetto delle caratteristiche particolarmente spregiuvole della condotta del convenuto. In altre parole, secondo l'illustre giudice, quasi tutti i casi in cui prima del 1964 si era dato luogo a condanna punitiva erano suscettibili di essere letti come casi di condanna a risarcimenti di danni "aggravati", sicché il riferimento al principio punitivo e al risarcimento esemplare non era altro che il frutto di confusione terminologica nonché di scarsa consapevolezza della reale portata delle proprie affermazioni da parte dei giudici: questi ultimi, in sostanza, pur affermando di punire il convenuto tramite la condanna ad una ulteriore somma di denaro in realtà non facevano altro che risarcirlo per il danno di natura "dignitaria" subito¹⁰⁴. Così chiariti i confini entro i quali la Corte doveva necessariamente muoversi, Lord Devlin compì un ulteriore e decisivo passo: riconosciuta l'impossibilità di bandire completamente i danni esemplari dal diritto civile e di rimuovere così una dottrina giudicata anomala, in quanto resistente alla distinzione tra diritto civile e penale, dal diritto inglese, se non ignorando completamente i precedenti, non rimaneva che mantenerla in vita seppur relegandola in spazi quanto più possibile angusti, quelli nei quali secondo il giudizio dell'illustre giudice, essa avrebbe potuto ancora svolgere un ruolo utile, quale quello di contribuire a garantire l'effettività dell'ordinamento giuridico nel suo complesso. Tali spazi vennero, appunto, individuati nelle tre categorie.

Appare in prima battuta significativo il rilievo che il *revirement* operato da Lord Devlin non abbia avuto seguito negli altri paesi del *Commonwealth*¹⁰⁵, i quali hanno preferito continuare a mantenere il diritto dei danni punitivi *pre-Rookes*. E d'altronde, a tale dato si associa la circostanza che la decisione in questione è stata oggetto di tante e tali critiche, che non pare fuori luogo affermare che la maggior

hitherto expressed on such awards and that there is powerful, though not compelling, authority for allowing them a wider range» (Rookes v. Barnard [1964] A.C. 1129, 1226).

¹⁰⁴ Così si esprime Lord Devlin: «*when one examines the cases in which large damages have been awarded for conduct of this sort, it is not at all easy to say whether the idea of compensation or the idea of punishment has prevailed*».

¹⁰⁵ In tali giurisdizioni la questione avente ad oggetto l'opportunità di seguire il *dictum* di *Rookes v. Barnard* è stata specificamente considerata e risolta in senso negativo. V. per il Canada *Vorvis v Insurance Corporation of British Columbia* (1989) 58 DLR (4th) (SCC). Per l'Australia *v. Uren v John Fairfax & Sons Pty Ltd* (1966) 117 CLR 118 (HCA), confermata dal Privy Council in *Australian Consolidated Press Ltd v Uren* [1969] 1 AC 590 (PC). Per la Nuova Zelanda *v. Taylor v Beere* [1982] 1 NZLR 81.

parte dei commentatori, sia *pro-exemplary damages* che contrari all'istituto, ritengono insoddisfacente l'attuale stato del diritto inglese in materia: la restrizione della disponibilità del rimedio punitivo alle sole tre categorie citate non può che apparire illogica e foriera di ingiustizia¹⁰⁶. Non può, dunque, non stupire il fatto che tale decisione abbia mantenuto intatto il proprio vigore per quasi un cinquantennio e lo mantenga tutt'oggi, nonostante le critiche provenienti tanto dai banchi dei giudici quanto da buona parte della letteratura e nonostante la stessa insoddisfazione con cui perfino la Law Commission si è espressa nel 1997 nei confronti dell'istituto, proponendone una riforma¹⁰⁷.

A distanza di appena 7 anni da *Rookes v. Barnard*¹⁰⁸ la Court of Appeal si rese protagonista di un appassionato tentativo di penetrante visione critica della decisione resa nel caso *Broome v. Cassell*¹⁰⁹. Il collegio composto da tre giudici, il Master of the Rolls Lord Denning, il giudice Salmon e il giudice Phillimore, chiamato a pronunciarsi su di un caso di diffamazione a mezzo stampa, pacificamente rientrando nella seconda categoria tra quelle enunciate da Lord Devlin, non si limitò ad effettuare una mera operazione di sussunzione dei fatti di causa nella fattispecie astratta, così come delineata nel *dictum* di *Rookes*, ma criticò apertamente la decisione precedente per la sua "illogicità ed incoerenza", arrivando ad affermare che la stessa fosse stata emessa *per incuriam*.¹¹⁰

I giudici della Court of Appeal attaccarono la sentenza su tre livelli. Sul piano teorico essi fecero rilevare come la limitazione del rimedio del risarcimento esemplare a sole due categorie di casi non apparisse basata su ragioni di principio, quanto piuttosto animata dall'intento di ridurre quanto più possibile l'ambito applicativo dell'istituto. La seconda obiezione riguardava, invece, un aspetto di carattere strettamente tecnico: quello del rispetto della *doctrine of precedent*. Ed infatti, secondo i giudici che componevano il collegio, non soltanto Lord Devlin

¹⁰⁶ *Ex multis*, HARDER, *Measuring the Law of Obligations, The Search for Harmonised Principles*, Oxford, 2010, 260; BURROWS, *Remedies for torts and breach of contract*, 3 ed., Oxford, 2004, 424 ss, secondo il quale l'attuale sistema organizzato sulle tre categorie «*lack satisfactory rationale in principle or policy*»; TETTENBORN, WILBY, BENNETT, *The Law of Damages*, 34 (ove la posizione assunta dalla House of Lords in *Rookes* viene definita "*hard to defend*"); LAW COMMISSION, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, Consultation Paper No 132 (1993), 6 (secondo cui le limitazioni all'accesso al rimedio del danno esemplare introdotte da *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129, hanno reso la disciplina della materia "*unprincipled and illogical*");

¹⁰⁷ Il riferimento è al *Report* pubblicato dalla Law Commission nel 1997 su *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, (Law Com Rep No. 247).

¹⁰⁸ [1964] A.C. 1129.

¹⁰⁹ [1971] 2 Q.B. 354. Per una dura critica della sentenza v. MCGREGOR, *In Defence of Lord Devlin*, in the *Modern Law Review*, 1971, 520 ss.

¹¹⁰ Fu il Master of the Rolls Lord Denning a spingersi al punto di far rilevare tale vizio nella sentenza. L'illustre Giudice si pentì, in seguito, della propria irruenza, definendo l'intera vicenda "un disastro" e ammettendo la propria colpevolezza per lesa maestà nei confronti della House of Lords: «*Yes – I had been guilty – of lese majesty. I had impugned the authority of the House. That must never be done by anyone save the House itself. Least of by all by the turbulent Master of the Rolls*»: LORD DENNING, *The Discipline of Law*, Londra, 1979. Sui pericoli della sentenza citata con riguardo alla dottrina dello *stare decisis* v. DEVILLIERS, *Stare decisis*, in *Advocate (Vancouver Bar Association)*, 1971, 296 ss.

aveva agito trascurando del tutto almeno due precedenti¹¹¹ della House of Lords, ma anche ammettendo che egli avesse tenuto conto degli stessi non si mancò di far rilevare come al tempo della decisione, nel 1964, la stessa House of Lords fosse obbligata alla osservanza dei propri precedenti senza potersene discostare¹¹². La terza critica, infine, riguardò il livello pratico-operativo: secondo i giudici la netta distinzione tra *exemplary damages* ed *aggravated damages*, se perfettamente delineata dal punto di vista teorico, si rivelava di difficile applicazione pratica, non essendo affatto semplice distinguere tra il risarcimento che venga accordato con finalità puramente compensative, per riflettere l'aggravamento della lesione subita dal danneggiato per effetto della condotta del convenuto, e quello che venga invece ad incarnare una pretesa punitiva nei confronti della condotta del danneggiante.

La risposta della House of Lords non si fece attendere.¹¹³

Il supremo Collegio giudicante inglese, con una maggioranza di cinque a due, fece intendere chiaramente di non tollerare affatto una tale insubordinazione da parte della Court of Appeal¹¹⁴ e ribaltò la decisione precedente riaffermando la validità del *category test* inaugurato in *Rookes v. Barnard*.¹¹⁵

¹¹¹ Il riferimento è ai due casi *E. Hulton & Co. v. Jones* [1910] A.C. 20, H.L.(E.) e *Ley v. Hamilton* (1935) 153 L.T. 384, H.L.(E.). Quanto al primo, va detto che appare quantomeno curioso che la Court of Appeal abbia ritenuto che la mancata considerazione di esso in *Rookes* viziassse tale ultima sentenza di incuria, dato che in esso non vi è menzione alcuna, espressa od implicita, né in grado di appello né innanzi alla House of Lords, né da parte dei giudici e nemmeno da parte degli avvocati, della questione dei danni esemplari (cfr. MCGREGOR, *In Defence of Lord Devlin*, cit., 520); con riguardo al caso *Ley v. Hamilton*, invece, appare fuori luogo il riferimento dell'etichetta di decisione resa *per incuriam* a *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129, giacché Lord Devlin menzionò espressamente tale precedente nella propria opinione, sicché di certo non può affermarsi che esso sia stato totalmente negletto o ignorato da parte del Collegio giudicante. Come affermato in *Young v. Bristol Aeroplane Co.* [1944] K.B. 718 (C.A.), infatti, è solo in una situazione del genere che una sentenza può ritenersi emessa *per incuriam*.

Sulla questione v. MCGREGOR, *In Defence of Lord Devlin*, cit., 520 ss., il quale rileva, inoltre, che quand'anche si ritenga che la House of Lords abbia male interpretato *Ley v. Hamilton*, tale interpretazione successiva sarebbe comunque vincolante nei confronti della Court of Appeal, non potendo, questa, scegliere tra due precedenti interpretazioni offerte dalla House in conflitto tra loro: ciò in forza del già citato *Young v. Bristol*, in base al quale la Court of Appeal è obbligata al rispetto dell'interpretazione che di un proprio precedente (cioè di un precedente della Court of Appeal) abbia fornito un precedente della House: è evidente che a fortiori essa è vincolata dall'interpretazione che la House of Lords, con successiva sentenza, abbia fornito di un proprio precedente (v. nota 15).

¹¹² Ed infatti, il *Practice statement (Judicial Precedent)* [1966] 1 W.L.R. 1234, [1966] 3 All E.R. 77 (H.L.E.), con il quale la House of Lords ha affermato il proprio potere di *overruling* nei confronti dei propri precedenti è di due anni successivo rispetto alla sentenza *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129.

¹¹³ *Broome v Cassell & Co Ltd (No.1)*, [1972] A.C. 1027; [1972] 2 W.L.R. 645; per un commento della decisione v. Jones, *Broome v. Cassell & Co. Ltd.*, in *McGill Law Journal*, 1973, 121ss.

¹¹⁴ Si veda a tal proposito l'aspra opinione pronunciata dal Lord Chancellor Hailsham of St. Marylebon, (1053 – 1054); addirittura Lord Reid (che, peraltro, era stato componente del Collegio giudicante di *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129, nel quale si era limitato, come gli altri componenti, ad esprimersi in senso concorrente con l'opinione di Lord Devlin sulla questione del *quantum* del risarcimento) definì la gestione della causa da parte della Court of Appeal come un'aberrazione (1084); non si mancò, peraltro, di far rilevare come non avendo le parti messo in

Dalla disamina delle opinioni di maggioranza emerge chiaramente la finalità perseguita dai relativi Autori: riesaminare *funditus* la questione dei danni esemplari e mettere un punto sulla stessa una volta e per tutte. Essi, dunque, nel rispondere alle critiche che sul *dictum* di Lord Devlin erano piovute nel precedente grado di giudizio, misero in piedi un impianto argomentativo di grande ricchezza e precisione, né furono da meno i due giudici di minoranza che componevano il collegio.

Il percorso argomentativo della Court of Appeal, volto a dimostrare la necessità di un ritorno al diritto dei danni esemplari *pre-Rookes*, si fondava su un assunto di base: dal *case law* precedente a *Rookes v. Barnard*¹¹⁶ emergeva già una posizione chiara sulla materia, caratterizzata da regole di facile intelleggibilità ed applicazione, sicché il *dictum* di Lord Devlin rappresentava un intervento immotivatamente limitativo nei confronti del naturale sviluppo del diritto in materia¹¹⁷, animato da ragioni di mera adesione sul piano sistematico al dogma della separatezza tra diritto civile e penale.

Fu proprio tale assunto di base ad essere in primo luogo smentito. I giudici di maggioranza sostennero, infatti, che prima di *Rookes* non fossero affatto chiari i presupposti al ricorrere dei quali fosse consentito liquidare una somma a titolo di danni esemplari e che anzi regnasse gran confusione nelle menti di giudici ed operatori del diritto – confusione che si rifletteva anche sul piano terminologico – con riferimento a tutte quelle situazioni nelle quali, secondo terminologia ancora oggi in uso, il risarcimento fosse “*at large*”. Con l’espressione in parola si fa riferimento a quelle situazioni nelle quali il risarcimento non è limitato alle perdite del cui ammontare sia offerta specifica prova in giudizio, ma comprende tutte quelle ulteriori perdite che seppur non esattamente provate nel loro ammontare possono essere fatte oggetto di liquidazione in via equitativa. È sotto l’ombrello del risarcimento *at large* che è possibile tenere conto di tutte le circostanze del caso concreto al fine di pervenire ad una liquidazione del danno adeguata alla perdita realmente subita dal danneggiato. Secondo i giudici di maggioranza Lord Devlin aveva posto in essere due distinte operazioni.

La prima, di natura ricostruttiva e razionalizzante del *case law* precedente, non era consistita in altro che nell’individuazione della natura delle singole voci di danno ricomprese nella categoria predetta, operazione cui fino ad allora le Corti non

discussione la validità del precedente *Rookes v. Barnard* né la sua applicabilità alla fattispecie oggetto del giudizio, l’iniziativa della Court of Appeal si fosse tradotta in un notevole aggravio dei costi del giudizio (già particolarmente onerosi) a carico delle parti (per Lord Hailsham, 1053, «*what began as a simple proceeding between a plaintiff and two defendants has assumed, at the expense of two of the litigants, the dimensions of a constitutional question and a general enquiry into one aspect (and perhaps more than one aspect) of the law of damages*»).

¹¹⁵ [1964] A.C. 1129.

¹¹⁶ [1964] A.C. 1129.

¹¹⁷ La Law Commission nel *Report*, cit., 4, utilizza l’efficace espressione “*artificially restricted*” per riferirsi alle limitazioni che pongono ostacolo all’accesso al risarcimento esemplare nell’ordinamento inglese.

avevano messo mano, quantomeno non in modo esplicito, complice la circostanza che, almeno fino al 1933¹¹⁸, quasi tutti i *torts* per cui il risarcimento è *at large* rientravano nella competenza della giuria e che la liquidazione del danno era considerata come un arcano riservato al segreto della camera dei giurati¹¹⁹, inaccessibile al giudice.

All'interno dell'etichetta *damages at large* è, dunque, possibile distinguere ben tre voci: i) la compensazione pura e semplice per il danno che l'attore abbia subito per effetto della condotta di parte convenuta; all'interno di questa voce rientrano tanto il danno che sia specificamente determinato nel suo ammontare (le fatture di spese sostenute, il mancato guadagno già maturato ecc.) tanto quelle perdite per le quali non può che ricorrersi alla valutazione equitativa da parte del giudice o della giuria (si pensi alla determinazione del risarcimento per un danno alla persona o, parimenti, alla valutazione del danno all'immagine e alla reputazione di un soggetto nei casi di diffamazione); ii) la seconda voce anch'essa con carattere puramente compensativo, ma che risarcisce l'ulteriore perdita di carattere morale che all'attore risulti inflitta per causa del comportamento del convenuto che si caratterizzi come oltraggioso e sprezzante nei suoi confronti (*aggravated damages*); iii) la terza voce, infine, di carattere genuinamente punitivo giacché essa tiene conto, nelle operazioni di liquidazione, della condotta di parte convenuta, nella misura in cui questa si sia dimostrata particolarmente riprovevole, al fine di punire quest'ultimo per il suo comportamento anti-sociale, ed incarnandosi dunque in tale voce di danno una pretesa punitiva di natura prettamente pubblicistica, seppur incanalata nei binari del diritto privato (*exemplary damages*).

La seconda operazione compiuta da Lord Devlin è, invece, di politica del diritto: essa consiste nella restrizione dei casi in cui possa darsi luogo alla liquidazione di danni esemplari a sole tre categorie, le quali raggruppano quelle situazioni di fatto in cui ancora oggi l'istituto possa svolgere una funzione rilevante agli occhi dell'ordinamento giuridico.¹²⁰

Lungi dal mettere un punto alla questione dei danni esemplari, la decisione resa in *Broome v. Cassell* divenne oggetto di scontro interpretativo in occasione del caso *AB v. South West Water Services*¹²¹, il quale segnò una tappa fondamentale nella storia dell'istituto, introducendo il cd. *cause of action test*, che, dopo una breve

¹¹⁸ Il 1933 è l'anno dell'*Administration of Justice (Miscellaneous Provisions) Act 1933*, il quale alla sez. 6, nei giudizi innanzi alla Queen's Bench Division, introdusse una consistente limitazione al *trial by jury*, restringendo lo spettro del diritto delle parti a tale modalità di celebrazione del processo civile ad un numero ristretto di *causae petendi* (ulteriormente circoscritto con successivi interventi legislativi)

¹¹⁹ «An arcanum of the jury box into which judges hesitated to peer»: così Lord Diplock in *Broome v. Cassell*, 1125.

¹²⁰ Si tratta, appunto, dell'ambito oggettivo delimitato dalle tre *categories*.

¹²¹ [1993] Q.B. 507.

apparizione sulla scena durata poco meno di dieci anni, è stato disconosciuto dalla House of Lords nel caso *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire*¹²².

Il *cause of action test* introduceva un passaggio ulteriore all'interno di quel vaglio che il giudice deve preliminarmente compiere al fine di verificare se nel caso concreto sia disponibile il rimedio punitivo: accanto alla verifica della sua sussumibilità all'interno di una delle tre categorie (*category test*) era necessario un secondo passaggio (in realtà logicamente preliminare) volto ad accertare se il *tort* azionato in giudizio fosse uno di quelli per cui già prima del 1964 (come si ricorderà anno di *Rookes v. Barnard*¹²³) fosse stata affermata la ammissibilità della condanna al risarcimento esemplare: soltanto in caso affermativo avrebbe potuto procedersi a condanna punitiva.

In altre parole, i giudici della Court of Appeal in *AB v. South West Water Services* giunsero ad affermare la disponibilità del rimedio del danno esemplare solo con riferimento a quei *torts* per i quali la stessa fosse già stata riconosciuta dalla giurisprudenza prima del 1964, restando altrimenti precluso l'accesso al rimedio punitivo¹²⁴.

La decisione fu particolarmente criticata e non è difficile immaginare la ragione: l'ulteriore restrizione da essa imposta non poteva che apparire illogica ed ingiusta, venendo la accessibilità al rimedio punitivo a dipendere da un mero accidente storico, quale era la circostanza che prima del 1964 si fosse presentato all'attenzione della giurisprudenza un caso che riguardasse un particolare *tort* e che in esso fosse stato concesso il rimedio punitivo.¹²⁵

Ed infatti, le critiche furono raccolte a distanza di appena 9 anni, nel 2002,¹²⁶ quando la House of Lords intervenne sulla questione, disconoscendo la validità del *cause of action test*, e riportando il diritto inglese in materia di danni esemplari allo stato in cui esso si trovava a seguito delle decisioni rese in *Rookes v. Barnard*¹²⁷ e *Broome v. Cassell*.¹²⁸

¹²² (2002) AC 122.

¹²³ [1964] A.C. 1129.

¹²⁴ Che, è evidente, restava *a fortiori* precluso per quei *torts* nati successivamente rispetto al 1994, tipico esempio quelli derivanti dalla violazione dello *Human Rights Act* 1998.

¹²⁵ La Law Commission nel *Report*, cit., 93, affermava, a proposito del *cause of action test*, che la disponibilità del rimedio del risarcimento esemplare veniva ad essere ulteriormente condizionata «*by what are arguably the accidents of precedents, rather than sound principle*»; il Prof. Rogers, nel corso del processo di consultazione che portò poi alla adozione del *Report* affermò la intollerabilità del risultato della decisione resa in *AB v South West Water Services* in termini di giustizia, logica e certezza (come riportato a pag. 93 dello stesso *Report*); v. anche ROGERS (a cura di), *Winfield and Jolowicz on Tort*, 15 ed., Londra, 1998, (per cui lo stato del diritto determinato da *AB v. South West Water Services*, cit., è “*unfortunate*” in quanto fondato su una base irrazionale quale quella che consegna la accessibilità del rimedio agli accidenti delle liti o addirittura del *law reporting*).

¹²⁶ *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary* (2001) UKHL 29, (2002) AC 122.

¹²⁷ [1964] A.C. 1129.

¹²⁸ Utilizzando una fascinosa metafora HARDER, *Measuring the Law of Obligations, The Search for Harmonised Principles*, cit., 260, descrive il percorso compiuto dalla House of Lords sulla questione del *cause of action test* paragonandolo alla mitica traversata di Odisseo lungo lo stretto

2. La prima casistica inglese

Pare opportuno a questo punto e prima di procedere alla disamina dell'attuale stato del diritto inglese in materia di danni esemplari, ripercorrere la prima casistica in materia di danni esemplari, riprendendo così il discorso in chiave storica avviato nel capitolo precedente.

La storia dei danni esemplari prende le mosse da due casi giurisprudenziali del 1763, *Huckle v. Money*¹²⁹ e *Wilkes v. Wood*¹³⁰. Entrambi avevano avuto origine dalla nota vicenda dei “*general warrants*”¹³¹. Durante il regno di re Giorgio III il segretario di stato Lord Halifax aveva emesso un ordine di arresto¹³² dell'editore e del tipografo del quarantacinquesimo numero della nota pubblicazione satirica “*The North Briton*”, giudicato offensivo nei confronti della Corona per aver criticato il discorso con cui il re aveva annunciato la novella conclusione del Trattato di Parigi, con cui si era posto fine alla guerra dei sette anni; il mandato di arresto risultò giudizialmente illegittimo¹³³ per la sua genericità, non recando menzione né del nome dei soggetti nei cui confronti esso andava eseguito (identificati unicamente quali editore e tipografo del numero incriminato) né dello specifico capo di accusa formulato nei loro confronti.

E' nel primo dei due casi citati che per la prima volta compare la locuzione “*exemplary damages*”. In esso fu riconosciuta al tipografo che aveva stampato la pubblicazione e che durante l'irruzione presso la sede del giornale era stato arrestato e tenuto sotto custodia per circa sei ore, a titolo risarcitorio per i *torts* di *trespass*, *false imprisonment* ed *assault*, una somma pari a sterline 300¹³⁴. Chiamato a pronunciarsi in sede di *motion for a new trial*¹³⁵ sulla richiesta

di Messina, tra Scilla e Cariddi, se in *AB v. South West Water Services*, cit., la Corte aveva preferito passare vicino a Scilla, legando le sorti dei danni esemplari alla catena degli accidenti storici, in *Kuddus*, cit., la Corte, invece, sceglie di affrontare Cariddi, consentendo che una dottrina anomala (quale quella dei danni esemplari) di conquistare nuovi territori: ognuna delle due rotte intraprese, conclude L'A., è particolarmente ardua e, fuor di metafora, sarebbe necessaria una riforma in materia.

¹²⁹ (1763) 2 Wil's KB 205.

¹³⁰ (1763) Lofft. 1.

¹³¹ Sulla vicenda dei *general warrants* v. CAMPBELL, *The lives of the Lord Chancellors and keepers of the great seals of England*, Londra, 1846, vol. v, 246 ss.

¹³² Nonché di sequestro di tutti i documenti esistenti presso di loro: «*to seize the authors, printers and publishers of the North Briton, n. XLIV, together with their papers*», cfr. CAMPBELL, op. cit., 246.

¹³³ La illegittimità di “*general warrants*” e “*warrants to search for papers*” fu affermata rispettivamente nei casi *Leach v. Money* 3 Burr. 1692 ed *Entick v. Carrington* 19 St. Tr. 1002; sul punto v. CAMPBELL, op. cit., 249 ss.

¹³⁴ Si trattava di una somma considerevole, tenuto conto che il salario settimanale di Mr. Huckle era di una ghinea e che, come lo stesso dichiarò durante il processo, durante le sei ore di detenzione egli era stato trattato civilmente e gli era stato servito un pasto a base di bistecche e birra: cfr. *Huckle v. Money*, cit., 205.

¹³⁵ Per *motion for a new trial* si intende una domanda di parte volta ad ottenere l'annullamento del processo e l'ordine di celebrazione di un nuovo processo sulla base di specifici vizi che ne hanno pregiudicato il corretto svolgimento, rendendolo *unfair*: cfr. la definizione in *Black's Law*

formulata dalla difesa di indire un nuovo processo in ragione dell'eccessività della somma liquidata dalla giuria a titolo risarcitorio, il Lord Chief Justice Pratt, rifiutò di ordinarne la celebrazione sulla base del seguente ragionamento: sebbene risultasse agli atti che l'attore non aveva subito maltrattamenti e, dunque, il danno dallo stesso subito poteva ammontare al massimo a circa 20 sterline, nondimeno era stato commesso un attentato alla libertà di un individuo in grado di propagarsi all'intero regno, una violazione palese delle libertà garantite dalla *Magna Charta* perpetrata tramite l'esercizio tirannico ed arbitrario del potere esecutivo. Su tali basi il risarcimento, pur generoso, era perfettamente giustificato, in quanto strumento di reazione nei confronti dell'attentato alle libertà dei cittadini da parte del potere politico.¹³⁶ In *Wilkes v. Wood*, l'editore del *North Briton* agì in *trespass* lamentando l'illecita intrusione da parte degli incaricati del re in casa propria e il sequestro di documenti. Durante il *summing up* il Chief Justice Pratt istruì la giuria affermandone il potere di accordare un risarcimento di ammontare superiore rispetto al danno effettivamente subito, non essendo il risarcimento soltanto una forma di soddisfazione per il danneggiato, ma anche una punizione per il colpevole, un deterrente nei confronti di condotte simili per il futuro, nonché una manifestazione dell'indignazione dei giurati nei confronti della condotta illecita.¹³⁷

Quanto finora detto consente di operare una prima e provvisoria riflessione.

Dalla casistica più risalente pare potersi individuare lo zoccolo duro da cui ha tratto origine la dottrina dei danni esemplari: esso risiede nella difesa delle libertà civili nei confronti dell'abuso da parte del potere esecutivo. Non stupisce, quindi, che proprio tale fondamento giustificativo dell'istituto abbia mantenuto intatto il

Dictionary, 5 ed., 1979: «a request that the judge set aside the judgment and order a new trial on the basis that the trial was improper or unfair due to the specified prejudicial errors that occurred». Si richiama qui la già ricordata analisi condotta da Sedgwick, *A Treatise on the Measure of Damages; or an Inquiry into the Principles which Govern the Amount of Pecuniary Compensation Awarded by Courts of Justice*, cit., 502 – 508, in merito alle origini della dottrina dei danni punitivi. L'A. individua nella timidezza delle Corti nell'intervenire sui verdeti delle giurie il seme da cui essa ha avuto origine; egli afferma, infatti, che poiché le Corti rifiutavano di intervenire sui risarcimenti accordati dalle giurie se non in casi di ammontare manifestamente eccessivo, la decisione sul *quantum* del risarcimento restava rimessa alla esclusiva competenza di queste; ora, se con riguardo al danno contrattuale o al danno extracontrattuale alla proprietà, già nel XVIII secolo esistevano consolidati principi per il calcolo della compensazione spettante all'attore, non era così quando nella stima del danno da risarcire intervenivano «fattori di complicazione» come la lesione che si estrinsechi nella sofferenza morale o nell'oltraggio al senso di onore: è nelle pieghe di tali «complicazioni» che secondo l'A. si allignano le origini dell'istituto. A sostegno della propria tesi egli cita tutta una serie di casi nei quali, in effetti, il richiamo alla finalità esemplare, punitiva e deterrente del risarcimento viene operato dal giudice al fine di sostenere la non eccessività di risarcimenti in misura manifestamente eccedente la compensazione della perdita subita e di negare così l'annullamento del processo e la celebrazione di uno nuovo.

¹³⁶ Cfr. *Huckle v. Money*, cit., 206 – 207.

¹³⁷ Cfr. *Wilkes v. Wood*, cit., 498 – 499. La Giuria riconobbe un risarcimento complessivo di ammontare ben superiore rispetto al caso precedentemente citato: 1000 £.

proprio vigore, ponendosi esso indubbiamente alla base della prima delle tre categorie formulate da Lord Devlin.¹³⁸

Nel corso dei due secoli successivi, la *doctrine* degli *exemplary damages* conosce un fenomeno espansivo, estendendosi in aree della responsabilità extracontrattuale ben diverse da quelle di origine¹³⁹, ed in generale mantenendo un grado di flessibilità tale per cui, in sintesi, il rimedio era da considerarsi accessibile ogniqualvolta la condotta del danneggiante esibisse caratteristiche tali da renderla oltraggiosa e, in definitiva, meritevole di un intervento punitivo.

3. L'an del risarcimento esemplare: il *category test*.

La prima categoria di casi in cui è ammesso il risarcimento esemplare. Come detto, a partire dal caso *Rookes v. Barnard* è possibile ottenere un risarcimento punitivo se la fattispecie concreta rientri in una delle tre categorie enunciate nel *dictum* di Lord Devlin. L'analisi delle stesse è, dunque, preliminare a qualsiasi ricerca sul tema e la sussumibilità in una di esse dei fatti di causa costituisce la prima verifica che il giudice¹⁴⁰ deve compiere a fronte di una domanda volta ad ottenere un risarcimento punitivo.

La prima categoria riguarda le fattispecie nelle quali venga posta in essere una condotta di carattere oppressivo, arbitrario od incostituzionale da parte di pubblici ufficiali.¹⁴¹

¹³⁸ Come affermato dallo stesso Lord Devlin in *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129, 1223: «*These authorities clearly justify the use of the exemplary principle; and for my part I should not wish, even if I felt at liberty to do so, to diminish its use in this type of case where it serves a valuable purpose in restraining the arbitrary and outrageous use of executive power*»; sul punto cfr. *McGregor on Damages*, Londra, 2003, 74; ROGERS (a cura di), *Winfield and Jolowicz on tort*, Londra, 2006, 943; DEAKIN, JOHNSTON, MARKESINIS, *Markesinis and Deakin's Tort law*, Oxford, 2008, 945, nel quale il caso *Wilkes v. Wood* è definito *fons et origo* della prima categoria. Sullo stesso fondamento riposa anche il caso, di poco successivo, *Benson v. Frederick* (1766) 3 Burr. 1845, nel quale il convenuto, un colonnello della Milizia del Middlesex aveva ordinato che l'attore fosse frustato, in ragione del fatto che questi aveva ottenuto una licenza da un Maggiore, fatto considerato dal convenuto un'offesa personale. La Corte sottolineò che Sir Thomas (il convenuto) aveva agito in modo manifestamente arbitrario, irragionevole ed ingiustificabile, «*malo animo, and out of mere spite and revenge*». Per tali ragioni fu rigettata la richiesta di parte convenuta, volta ad ottenere l'annullamento del processo sotto il profilo dell'eccessivo ammontare del risarcimento: il Chief Justice Lord Mansfield, pur riconoscendo che il risarcimento era davvero generoso ed oltre ogni proporzione, rifiutò di concedere un nuovo processo, ritenendolo giustificato alla luce di tutte le circostanze del caso concreto.

¹³⁹ La dodicesima edizione di *Mayne and McGregor on Damages*, Londra, 1961, a pag. 196 ss., enumera i seguenti *torts* per i quali la possibilità di accesso al risarcimento esemplare è stata affermata da precedenti: *false imprisonment, seduction of a child, defamation, abuse of process, trespass to land, to person and to goods, breach of copyright*.

¹⁴⁰ Nei processi con giuria spetta al giudice la verifica dei presupposti di diritto della domanda, la cui considerazione potrà sottrarre alla giuria nel caso in cui ravvisi la mancata sussistenza dei primi. Quella della sussistenza dei requisiti che rendano la fattispecie idonea a superare il *category test* rientra, appunto, tra le questioni di diritto.

¹⁴¹ «*oppressive, arbitrary or unconstitutional acts by government servants*» (*Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129, 1131). Per un elenco, a titolo esemplificativo, delle tipologie di condotta poste

Per rientrare nella categoria in parola la condotta deve possedere due requisiti: uno oggettivo, deve cioè connotarsi come oppressiva, arbitraria o incostituzionale ed uno soggettivo, attinente cioè all'autore della condotta, che deve possedere lo *status* di pubblico ufficiale.

Quanto al requisito oggettivo, si ritiene che i termini “*oppressive*”, “*arbitrary*” ed “*unconstitutional*” siano stati utilizzati da Lord Devlin in senso disgiunto e che, quindi, qualora la condotta presenti una sola di tali connotazioni essa sia già idonea ad integrare il *category test*.¹⁴²

L'analisi del *case law* riconducibile alla predetta categoria ne rivela l'attitudine a colpire quelle condotte poste in essere dal potere pubblico che si rivelino particolarmente gravi, in quanto poste in essere in flagrante violazione dei diritti e delle libertà civili. Pare, invece, potersi escludere che la condotta richiesta sia integrata soltanto allorché ricorra in capo al danneggiante un particolare stato soggettivo¹⁴³, come suggerito in dottrina¹⁴⁴, dovendosi piuttosto propendere per

in essere da organi di polizia ed in grado di integrare il requisito predetto v. CLAYTON, TOMLINSON, *Police Actions: a practical guide*, Chichester, 1997, 43.

¹⁴² Cfr. *Holden v Chief Constable of Lancashire*, [1987] Q.B. 380, in particolare 388.

¹⁴³ Per un'interessante analisi dell'elemento soggettivo nell'ambito della responsabilità extracontrattuale inglese, con particolare riguardo al ruolo che l'intenzione, nelle sue varie declinazioni, assume v. CANE, *Mens rea in tort law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2000, 533 ss.

¹⁴⁴ Il riferimento è a *McGregor on damages*, op. ult. cit., 375, secondo il quale, nonostante in *Holden v. Chief Constable of Lancashire*, cit., sia affermata la sufficienza della caratterizzazione della condotta come incostituzionale affinché essa rientri nella prima categoria, in realtà tale connotazione non basterebbe dovendo comunque alla condotta accompagnarsi una qualche circostanza aggravante. L'A. prosegue affermando che il requisito centrale per l'ottenimento di una condanna al risarcimento esemplare è sempre stato e rimane la presenza di una condotta oltraggiosa, la quale si caratterizzi per la presenza di «*malice, fraud, insolence, cruelty and the like*». L'A. sembra, dunque, non soltanto escludere la caratterizzazione in senso disgiunto dei tre aggettivi usati da Lord Devlin, ma anche subordinare l'integrazione della prima categoria alla prova di un particolare stato soggettivo in capo all'autore della condotta. Come affermato sopra, però, tale ultima affermazione non pare, alla luce del *case law* in materia, condivisibile; cfr. TETTENBORN, WILBY, BENNETT, *The Law of Damages*, 2003, 39, il quale esclude che la mala fede in capo al danneggiante sia elemento necessario. THE LAW COMMISSION, *Consultation Paper on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, cit., 55. Tale conclusione appare supportata dalla sentenza della Court of Appeal resa nel caso *Muuse v Secretary of State for the Home Department*, [2010] EWCA Civ 453. Il caso riguardava la detenzione illegale perpetrata ai danni di un cittadino olandese di origini somale. Come puntualmente rilevato nell'opinione di Lord Justice Thomas (v., in particolare, l'elencazione di cui alle pag. 73 – 74 della sentenza), l'intera vicenda rivelava una totale indifferenza per la legalità delle proprie azioni in capo ai funzionari che vi avevano preso parte, traducendosi in una serie di errori talmente madornali da palesare quanto meno una loro grossolana incompetenza, pur non assurgendo a prova della loro mala fede. Il Giudice Thomas respinse la tesi della difesa, fondata espressamente sulla opinione di cui alla xix edizione di *McGregor on damages*, secondo cui affinché si possa dar corso ad un risarcimento punitivo fondato sulla prima categoria sarebbe necessaria la prova di un particolare stato soggettivo in capo al convenuto in termini di dolo: «*there is no need for this to be qualified by further looking for malice, fraud, insolence cruelty or similar specific conduct. There is no authority that supports Dr McGregor's view to this effect*». Sul caso *Muuse*, cit., v. VARUHAS, *Exemplary damages: "public law" functions, mens rea and quantum*, in *Cambridge Law Journal*, 2011, 284 ss., il quale sottolinea, in particolare, come l'irrelevanza della prova di un particolare stato mentale in capo al convenuto sarebbe coerente con l'attribuzione all'istituto oggetto di esame

una sua caratterizzazione in senso oggettivo, di guisa che qualora in essa siano ravvisabili le caratteristiche di arbitrarietà, oppressività o incostituzionalità richieste ciò risulterà sufficiente affinché sia integrato il *category test*, restando superflua la prova del dolo del danneggiante. Tale affermazione va comunque mitigata alla luce di due considerazioni. La prima è che, comunque, essendo il risarcimento punitivo un rimedio del tutto discrezionale, l'eventuale buona fede di parte convenuta potrà essere valutata al fine di negare il rimedio in parola. La seconda è che, comunque, quel che pare emergere dal *case law* è una propensione delle Corti a consentire l'accesso al rimedio soltanto a fronte di condotte che si caratterizzino per la loro particolare gravità.¹⁴⁵

Quanto finora detto acquista particolare rilevanza con riferimento a quelle condotte che, pur caratterizzandosi come incostituzionali, in quanto contrarie a diritti fondamentali dell'attore ai quali non può che attribuirsi una tale rilevanza, non risultino né arbitrarie né oppressive¹⁴⁶. Ci si è chiesti in altre parole se la fedeltà al *dictum* di Lord Devlin debba spingersi al punto di ritenere che una condotta incostituzionale, cioè posta in essere in violazione di diritti muniti di tale rango, basti per ciò stesso a dar corso al rimedio punitivo in mancanza di quei caratteri di oltraggio e disprezzo nei confronti dei diritti dell'attore che

della funzione di protezione dei diritti fondamentali e di riaffermazione degli stessi a fronte della loro flagrante violazione: sarebbe in sostanza, come si suggerisce nel testo, la gravità della violazione a reclamare l'intervento punitivo e non tanto un particolare stato mentale accertato in capo al danneggiante.

¹⁴⁵V., ad esempio, il caso *Ministry of Defence v Ms K Fletcher*, 2009 WL 3122429, nel quale l'*Employment Appeal Tribunal* accolse l'appello del Ministero della Difesa che verteva, tra l'altro, sul capo della sentenza recante condanna ad un risarcimento esemplare. La causa verteva su una discriminazione sessuale sul luogo di lavoro lamentata dall'attrice, Ms Fletcher, allora membro dell'esercito, per la quale ella chiedeva il risarcimento dei danni patiti in conseguenza. Il giudice d'appello ritenne che la condotta posta dal giudice di primo grado a fondamento della condanna esemplare e cioè la sistematica inadempienza da parte dell'esercito nell'approntare adeguati meccanismi e procedure di gestione della denuncia di Ms Fletcher o di analoghe denunce, non potesse rientrare nella prima categoria, non raggiungendo quel livello di gravità tale da rendere appropriata la condanna esemplare. V. anche TETTENBORN, WILBY, BENNETT, *The Law of Damages*, cit., 39, i quali, pur ponendo in luce la mancanza di precedenti che siano di aiuto nell'opera identificatrice dell'esatto significato da attribuire ai tre aggettivi utilizzati da Lord Devlin, fanno rilevare *in primis* che se la mancanza della prova della mala fede in capo al convenuto non incide di per sé sulla idoneità della condotta di costui ad integrare la prima categoria, pare improbabile che un semplice eccesso di potere perpetrato da un pubblico ufficiale, come un arresto illegale dal punto di vista strettamente tecnico, possa *ipso facto* essere considerato come incostituzionale; inoltre, ad incidere sul giudizio complessivo sulla domanda volta ad ottenere un risarcimento punitivo vi sono tutta una serie di considerazioni che consentono al giudice o alla giuria di apprezzare il fatto nella sua concreta complessità facendo sì che in pratica il risarcimento punitivo sia riservato a quelle condotte talmente gravi da poter essere considerate eccezionali. Per una disamina di tutti gli aspetti che vanno tenuti in considerazione nell'ambito di un giudizio in cui sia stata formulata domanda di condanna ad *exemplary damages* si vedano i paragrafi successivi.

¹⁴⁶È evidente, infatti, che quando la condotta si caratterizzi come arbitraria od oppressiva essa sia per ciò stesso portatrice di quei caratteri di oltraggio e disprezzo per i diritti del danneggiato che storicamente si accompagnano alle condanne a titolo punitivo.

storicamente si legano al concetto stesso di risarcimento punitivo.¹⁴⁷ Se da un lato la risposta delle Corti a tale interrogativo è stata del tutto positiva¹⁴⁸, dall'altro si è assistito al diniego di condanna punitiva ogniqualvolta, pur in presenza della violazione di un diritto di rango costituzionale, a questa si accompagnasse un danno di carattere irrisorio o addirittura non si accompagnasse alcun danno sostanziale, nemmeno di tipo morale, lamentato da parte attrice.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Non va però dimenticato che in effetti proprio in uno dei due casi che storicamente diedero inizio alla *doctrine* degli *exemplary damages*, *Huckle v. Money*, cit., l'attore durante l'ingiusta detenzione protrattasi per appena sei ore era stato trattato in modo civile e nutrito adeguatamente, sicché nessuna condotta oltraggiosa era in effetti addebitabile al convenuto; il risarcimento esemplare fu, invece, giustificato alla luce della gravità della violazione del valore costituzionale della libertà che era stata perpetrata dal potere pubblico ai suoi danni.

¹⁴⁸ Cfr. *Holden v Chief Constable of Lancashire*, cit., il quale rappresenta il *leading case* sul punto; in esso la Court of Appeal annullò il processo di primo grado e ne ordinò uno nuovo, in quanto il giudice di prime cure aveva errato nel ritenere di dover sottrarre alla giuria la considerazione della domanda volta ad ottenere un risarcimento esemplare ritenendone non sussistenti i presupposti: secondo il giudice, infatti, consistendo la condotta illecita in un arresto illegale protrattosi per circa 20 minuti, avvenuto senza uso di violenza o altri metodi di tipo oppressivo nei confronti dell'arrestato e frutto di un mero errore da parte dell'agente di polizia, essa non poteva considerarsi come rientrante nella prima categoria di cui a *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129, con la conseguenza che la domanda in questione risultava priva dei presupposti in diritto necessari al suo accoglimento. La Court of Appeal ritenne, invece, che la mera incostituzionalità della condotta (si trattava di un arresto illegale contrario alla *Magna Charta*) bastasse a farla rientrare all'interno della predetta categoria, anche in mancanza di ulteriori elementi idonei a determinare un aggravamento della stessa. Se il caso in parola costituisce, come detto, il punto di riferimento su cui si fonda l'affermazione in base alla quale la mera incostituzionalità della condotta basta a far sì che essa rientri all'interno della prima categoria, non va sottovalutata la reale portata dell'opinione del giudice Purchas, secondo cui se è vero che la mancanza di «*evidence of oppressive behaviour, or (...) malicious arrest, cruelty in the mode of arrest, insolence, assault or prolonged imprisonment*» non esclude di per sé il risarcimento punitivo, l'assenza di tali circostanze aggravanti dovrà guidare il giudice (o la giuria) nella decisione sull'*an* e sul *quantum* dello stesso, potendo eventualmente far propendere per la reiezione della richiesta di parte attrice. Sul punto cfr. ROGERS (a cura di), *Winfield and Jolowicz on Tort*, cit., 943 – 944, che afferma a tal proposito: «*the court was clearly unhappy with the proposition that any false arrest or other unauthorized conduct by a police officer should attract an exemplary award, but rather than attempt to define "unconstitutional" as a matter of law it preferred the approach of relying on the trial judge to indicate the jury that in the absence of aggravating factors they might consider the case unsuitable for exemplary damages*».

¹⁴⁹ Il problema, dunque, si traduce nella eventuale ravvisabilità di un danno in *re ipsa*, per il fatto stesso della lesione di un interesse di rango costituzionale, sul quale si possa appuntare il risarcimento esemplare. Ed è proprio questo che le corti hanno negato: pur ammettendo che ciascuna delle tre caratterizzazioni della condotta enunciate da Lord Devlin basti a far sì che il *category test* sia superato, questa si pone come condizione necessaria ma non sufficiente per accedere al risarcimento esemplare, sembra, infatti, come già anticipato nel testo, che la violazione debba caratterizzarsi anche per una certa gravità. In mancanza, a marcare l'avvenuta violazione di un interesse costituzionale e a manifestare la riprovazione dell'ordinamento basterà una condanna a *nominal damages*. La questione è stata oggetto di considerazione da parte della House of Lords nel caso *Watkins v Secretary of State for the Home Department and others*, [2006] 2 W.L.R. 807, nel quale l'attore in giudizio era un detenuto che lamentava la violazione del proprio diritto costituzionale alla segretezza della corrispondenza con il proprio legale da parte delle guardie carcerarie. La Corte ribaltò il giudizio della Court of Appeal, che aveva ritenuto fondata la pretesa attrice riconoscendo una somma (5 £) a titolo di *nominal damages* e rimesso alla County Court la considerazione della questione se in punto di fatto fosse appropriato anche un risarcimento esemplare, affermando che la mancanza di un *material damage* (espressione inclusiva, nelle parole

Quanto al secondo requisito, esso investe il soggetto attivo della condotta illecita, dovendo costui rivestire la qualifica di “*servant of the government*”¹⁵⁰. L’analisi della casistica fa propendere per una caratterizzazione in senso funzionale-oggettivo della predetta qualificazione, la quale dipende non tanto dallo *status* posseduto dal soggetto attivo quanto dalla natura dell’atto o dell’attività dannosa concretamente posta in essere¹⁵¹. Ed infatti, se il riferimento originario di Lord Devlin era probabilmente ispirato alla casistica più antica¹⁵² riguardante, in effetti, illeciti posti in essere da rappresentanti del governo centrale, nel successivo caso *Broome v. Cassell*, la House of Lords ha avallato un’interpretazione estensiva della locuzione predetta, affermandone l’idoneità a ricomprendere «*all persons purporting to exercise powers of government, central or local, conferred upon them by statute or at common law by virtue of the official status or employment which they held*»¹⁵³. È stato, dunque, riconosciuto che essa è in grado di ricomprendere le fattispecie di illeciti posti in essere dalle forze di polizia, che costituiscono il grosso della casistica riconducibile alla categoria in esame,¹⁵⁴ da

di Lord Bingham of Cornhill, 811 – 812, di ogni «*recognised psychiatric illness but not distress, injured feelings, indignation or annoyance*») sofferto dall’attore impediva di dar corso ad un risarcimento punitivo, non essendo il *tort* di *misfeasance in public office* un *tort* *cd. actionable per se* (cioè azionabile in giudizio con successo senza che sia necessaria la prova di avere subito un danno). In realtà la reale portata del precedente non sembra da doversi ricondurre alla più ampia affermazione secondo cui sarebbe sempre necessaria la prova del danno subito dall’attore a fronte di una violazione di un diritto di rango costituzionale affinché la condotta possa rientrare nella prima categoria, ma a quella di portata ben più ristretta per cui la condanna a risarcimento esemplare necessita sempre di un *actionable tort* cui appuntarsi.

¹⁵⁰ Il concetto di *servant of the government*, nell’ampia interpretazione di cui, come si dirà appresso, è stato fatto oggetto, appare sovrapponibile a quello interno di pubblico ufficiale. Ed infatti, in *Broome v Cassell*, [1972] A.C. 1027, 1120, Lord Wilberforce (par. 1120) fa riferimento al concetto di *public officers*, utilizzato nel caso *Ashby v. White* (1703) 2 Ld.Raym. 938, indicandolo, appunto, come sovrapponibile a quello di *servants of the government* usato da Lord Devlin e, nello stesso caso (par. 1128), Lord Diplock ne afferma la natura di abuso di una posizione ufficiale di autorità e la sovrapponibilità alla nozione, nota ai paesi di civil law, di *détournement de pouvoir*, cioè di sviamento di potere.

¹⁵¹ Cfr. HARDER, *Measuring Damages in the Law of Obligations*, cit., 253; The Law Commission, *Consultation Paper on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, cit., 56.

¹⁵² *Huckle v Money*, cit.; *Wilkes v Wood*, cit.; *Benson v Frederick*, cit.

¹⁵³ E cioè, “tutti i soggetti che esercitino funzioni di governo, centrale o locale, conferito loro in virtù della legge o del *common law*, in base al loro *status* o ad un rapporto di impiego”: per Lord Diplock, 1130.

¹⁵⁴ Per citarne alcuni: *White v Metropolitan Police Comr* (1982) Times, 24 Aprile; *George v Metropolitan Police Comr* (1984) Times, 31 Marzo; *Connor v Chief Constable of Cambridgeshire* (1984), Times, 11 Aprile; *Holden v Chief Constable of Lancashire*, cit., *Makanjuola v Metropolitan Police Comr*, (1989), 8 Agosto; *Treadway v. Chief Constable of West Midlands* (1994), Times, 25 Ottobre; *Thompson v Commissioner of Police of the Metropolis* ed *Hsu v Commissioner of Police of the Metropolis* [1998] Q.B. 498; *Kuddus v Chief Constable of Leicestershire*, cit., *Rowlands v Chief Constable of Merseyside Police* [2007] 1 W.L.R. 1065; è proprio a partire da casi di “*police misconduct*” che dagli anni ’80 hanno iniziato a farsi strada condanne a risarcimenti punitivi riconducibili alla prima categoria, che invece prima di allora sembrava destinata a rimanere “lettera morta”: così BURROWS, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, cit., 412; nello stesso senso v. MCGREGOR, op. loc. ult. cit., il quale riferisce che fino alla xix edizione, risalente agli inizi degli anni ’80, il suo testo fosse privo del riferimento a casi riconducibili alla prima categoria, essendo questi irreperibili all’interno del *case-law*.

autorità locali¹⁵⁵, da autorità esercenti funzioni di tipo esecutivo¹⁵⁶. Come anticipato, la nozione di *servant of the government* sembra assumere una caratterizzazione in senso oggettivo-funzionale, dipendendo non soltanto e non tanto dallo *status* soggettivo del soggetto attivo della condotta illecita, ma dalla natura dell'atto o dell'attività produttivi di danno. La giurisprudenza esclude, infatti, la ricorrenza della prima categoria ogniqualvolta l'autore della condotta dannosa, pur essendo un soggetto pubblico, non svolga attività che si caratterizzi come espressione di pubblico potere, ad esempio un'attività di tipo economico,¹⁵⁷ e, a fronte di condotta illecita posta in essere da chi sia indubbiamente espressione del potere esecutivo, richiede l'accertamento del nesso funzionale, nel senso che l'atto dannoso deve essere riconducibile alla funzione pubblica che questi rivesta¹⁵⁸; d'altra parte, pare, invece, che anche un soggetto privo di

¹⁵⁵ V. *Bradford City Metropolitan Council v Arora*, [1991] 2 Q.B. 507, nel quale l'esercizio da parte dell'autorità locale di funzioni attribuite e regolamentate dalla legge e volte alla selezione di un funzionario con posizione apicale presso un College fu ritenuto idoneo a qualificarsi come esercizio arbitrario, oppressivo o incostituzionale di funzioni pubbliche tale da rientrare nella prima categoria. V. a tal proposito anche l'affermazione di Lord Reid in *Broome v Cassell*, [1972] A.C. 1027, 1088, secondo cui «*The contrast is between "the government" and private individuals. Local government is as much government as national government*».

¹⁵⁶ V. R. v *Reading Justices Ex p. South West Meat Ltd*, in *Criminal Law Review*, 1992, 672 s., nel quale fu affermato che il Meat Intervention Board, un dipartimento governativo costituito dallo *European Communities Act 1972*, s.6, in quanto esercitante pubbliche funzioni poteva essere destinatario, in virtù della prima categoria, di una condanna ad *exemplary damages* (nel caso di specie l'agenzia governativa aveva posto in essere, con la collaborazione delle forze di polizia, una perquisizione illegale presso la proprietà del danneggiato).

¹⁵⁷ Così nel caso *A.B. v South West Water Services Ltd*, cit., la Court of Appeal ha escluso che una società pubblica che svolgeva in regime di monopolio nell'ambito di una determinata area cittadina e sotto regolamentazione legislativa l'attività di somministrazione dell'acque potesse integrare il requisito soggettivo richiesto dalla prima categoria. Tanto Stuart Smith L. J. (cfr. 525) quanto Sir Thomas Bingham M. R. (cfr. 531) furono concordi nel ritenere che l'attività in questione, seppur delegata dalla legge ed importante il conferimento all'Autorità di una serie di prerogative e poteri, non potesse assurgere ad esercizio di potere esecutivo (con la conseguenza che la società che la poneva in essere non agiva affatto come agente del potere esecutivo) e che la fattispecie fosse di certo diversa dagli abusi di potere che Lord Devlin doveva avere in mente quando formulò la categoria in questione. Il Master of the Rolls proseguì ulteriormente affermando l'irrelevanza del fatto che si trattasse di soggetto le cui decisioni fossero sottoposte a revisione da parte di un giudice in base al diritto pubblico o che di esso il Governo del Regno Unito si servisse al fine di portare ad esecuzione le proprie obbligazioni nei confronti della Comunità Europea. (Va, peraltro, precisato, qui, che la responsabilità della Società convenuta fu comunque esclusa sotto un diverso profilo rispetto a quello, qui, considerato: in base al *cause of action test*, su cui v. par. 1 di questo capitolo, il *tort* azionato in giudizio, quello di *public nuisance*, non rintrava fra quelli per cui fosse stata pronunciata condanna ad un risarcimento punitivo prima di *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129, l'accesso al rimedio in parola doveva considerarsi precluso).

Nel caso *Virgo Fidelis Senior School v Boyle*, [2004] I.C.R. 1210, l'Employment Appeal Tribunal, giudicando su una questione concernente il licenziamento illecito di un dipendente presso un istituto scolastico, esclude che quest'ultimo seppur posto sotto la vigilanza di un'autorità pubblica locale potesse qualificarsi come *servant of the government*, non avendo esso esercitato, con riferimento ai fatti originanti il giudizio, alcun potere esecutivo espressione di autorità governativa, centrale o locale.

¹⁵⁸ In *Shendish Manor Limited v Coleman*, 2001 WL 753413 fu ad esempio escluso che le dichiarazioni diffamatorie di un membro del Consiglio Comunale potessero per ciò stesso

qualificazione pubblicistica possa occasionalmente rivestire il ruolo di soggetto attivo ai fini della prima categoria qualora si trovi ad esercitare funzioni di carattere pubblico.¹⁵⁹

È indubbio che la categoria finora descritta rappresenti l'eredità dei più antichi casi a partire dai quali ha visto la luce la stessa *doctrine degli exemplary damages* e che essa rappresenti senz'altro una particolare espressione di quella funzione che il diritto della responsabilità extracontrattuale inglese ha svolto quale strumento di protezione dei diritti fondamentali e delle libertà civili degli individui nei confronti di abusi da parte dell'esecutivo.¹⁶⁰

Per la sua ristretta formulazione essa è stata però pressoché unanimemente criticata¹⁶¹. Ed infatti, se è vero che ciò che ne costituisce la ragion d'essere è l'intolleranza dell'ordinamento giuridico nei confronti dell'abuso di potere, tanto

costituire esercizio di potere pubblico ai fini della prima categoria senza che a ciò si aggiungesse la prova di un loro nesso con l'attività di Consigliere del convenuto.

¹⁵⁹ Il riferimento è ai due casi *Columbia Picture Industries Inc. and Others v Robinson and Others*, [1987] Ch. 38 e *Al-Rawas v Pegasus Energy Limited*, [2008] EWHC 617 (QB); in entrambi fu affermato che, poiché gli avvocati che eseguono un *Anton Piller order* (un *search order*, così denominato dal caso in cui ne vennero chiariti i presupposti. Si tratta di un ordine con cui una Corte di Giustizia può autorizzare l'attore, su sua richiesta, ad effettuare una perquisizione presso il convenuto al fine di sottrarre alla sua disponibilità dei documenti in suo possesso per i quali sussista un pericolo attuale o potenziale di danno all'attore, qualora essi venissero distrutti o dispersi dal convenuto. La concessione dell'ordine è subordinata a requisiti particolarmente rigorosi, essendo essa considerata una misura eccezionale: l'attore dovrà, dunque, dimostrare tanto il *fumus boni iuris* che il *periculum in mora*. L'avvocato di parte attrice è tenuto ad eseguire l'ordine con diligenza e nel rispetto dei diritti del convenuto; v. più diffusamente il *leading case Anton Piller KG v Manufacturing Processes Ltd. and Others*, [1976] 2 W.L.R. 162) vanno considerati degli ufficiali della Corte, essendo essi investiti da questa dell'autorità di porre in essere un atto che in mancanza della predetta investitura andrebbe qualificato come *trespass* e come tale illecito, qualora in esecuzione dello stesso essi agiscano al di fuori dei termini dell'autorizzazione ad essi concessa dalla Corte e in modo oppressivo tale loro condotta sia idonea a rientrare nella prima categoria.

¹⁶⁰ Cfr. THE LAW COMMISSION, *Consultation Paper on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, cit., 28: «*in a country which has no written constitution, and where the freedoms which citizens can expect to be protected in their relations with the state therefore fall to be determined in large part by ordinary tort law, awards of what were before Rookes v. Barnard undifferentiated punitive damages have proved to be a valuable judicial technique for the protection of civil liberties*»; v. anche pag. 57, ove si afferma che l'esistenza della prima categoria consente all'istituto del risarcimento esemplare di continuare a svolgere un importante ruolo nella protezione delle libertà civili, consentendo alle corti, tramite la condanna al pagamento di una somma di denaro rilevante, di condannare la commissione da parte di pubblici ufficiali di illeciti civili in grado di incidere pesantemente sulla sfera di libertà degli individui. V. anche VARUHAS, op. cit., 284. Lo stesso Lord Devlin nel *leading case Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129, giustifica la residua esistenza del principio punitivo in campo civile alla luce dell'idoneità dello stesso in alcune situazioni a «rivendicare la forza della legge»; si veda anche l'opinione di Lord Nicholls of Birkenhead, in *Kuddus v Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, cit., 144, per il quale: «*the feature I find most striking is the extent to which the principle of exemplary damages continues to have vitality. The availability of exemplary damages has played a significant role in buttressing civil liberties, in claims for false imprisonment and wrongful arrest*».

¹⁶¹ V. per tutti il *Consultation Paper on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, cit., 58, 59.

in dottrina quanto in giurisprudenza¹⁶² non si è potuto fare a meno di rilevare come in realtà, specialmente nelle società odierna in cui spesso grandi gruppi finanziari o commerciali detengono un potere superiore a quello degli stessi governi nazionali¹⁶³, appaia non solo iniqua ma addirittura illogica la restrizione del rimedio esclusivamente a quegli abusi di potere che provengano dall'autorità governativa. Lo stesso Lord Devlin¹⁶⁴ aveva previsto un'obiezione del genere, tant'è che ebbe cura di spiegare le ragioni per cui ritenne di non dover estendere la categoria in esame ad abusi perpetrati da individui o società private: soltanto l'abuso di potere pubblico giustifica, agli occhi dell'illustre giudice, la messa in campo del rimedio punitivo in ambito civilistico, infatti, se è odiosa la condotta di un soggetto privato che si serva del proprio potere per vessare chi si trovi in una situazione di inferiorità, essa può essere colpita con gli ordinari rimedi risarcitori¹⁶⁵; è, invece, ritenuto di una gravità tale da giustificare il risarcimento esemplare l'abuso di potere pubblico: la attribuzione del potere pubblico è subordinata alla sua utilizzazione al servizio della comunità, poiché la sua ragion d'essere è proprio quella di proteggere la libertà dei singoli nei confronti delle altrui prevaricazioni. Si comprende allora che qualora tale finalità venga frustrata dallo sviamento di quel potere per fini oppressivi l'ordinamento non può che reagire con i suoi strumenti più efficaci: nel capo civilistico il risarcimento punitivo.

¹⁶² V. ad esempio, quanto affermato da Lord Reid in *Broome v Cassell*, [1972] A.C. 1027, 1088: secondo l'illustre giudice, che a dire il vero si esprime in modo particolarmente critico nei confronti dell'istituto stesso, la distinzione tracciata da Lord Devlin tra *servants of the government* e soggetti privati non poteva che considerarsi illogica. Egli affermò, infatti, che la reale ragione alla base della sua formulazione era che mentre con riguardo ai pubblici ufficiali era agevolmente rintracciabile nel 1964 l'esistenza di una linea di precedenti che autorizzasse la condanna a risarcimenti superiori rispetto a quanto poteva giustificarsi a titolo compensativo, non vi era, invece, alcun caso, eccetto *Loudon v Ryder*, [1953] 2 Q.B. 202, fatto da Lord Devlin espressamente oggetto di *overruling*, che consentisse la condanna di un soggetto privato che avesse posto in essere una condotta di carattere oppressivo ad una somma superiore a quanto necessario a compensare il danno subito da parte attrice. Secondo il giudice, in sostanza, per fattispecie del secondo tipo, in mancanza di precedenti vincolanti sul punto, la House of Lords si sentì libera di escludere per il futuro il ricorso ad *exemplary damages*.

¹⁶³ Come sottolineato da Lord Nicholls in *Kuddus*, cit., 144, secondo il quale «*whatever may have been the position 40 years ago, I am respectfully inclined to doubt the soundness of this distinction today. National and international companies can exercise enormous power*».

¹⁶⁴ *Rookes v Barnard*, [1964] A.C. 1129, 1226. Il ragionamento di Lord Devlin non fa una piega, ma va tenuto presente che la sua accettazione dipende in sostanza dagli equilibri tra potere pubblico e potere privato che riposano a fondamento di una data democrazia, a quanto si tema o si sia disposti a tollerare l'abuso del potere privato o di quello pubblico. Si vedrà nel successivo capitolo che una delle grandi differenze tra la disciplina statunitense e quella inglese in materia di danni punitivi riguarda proprio i soggetti pubblici: se gli illeciti da essi posti in essere costituiscono il contenuto della prima categoria di Lord Devlin non può che stupire apprendere che, invece, quasi tutti gli Stati americani possiedono delle norme di legge che esentano i soggetti pubblici locali dalla responsabilità per danni punitivi; una tale differenza non può che far pensare ad una profonda discrepanza nel modo in cui le due democrazie considerate percepiscono l'abuso del potere pubblico o privato e ad una diversa valutazione della sua pericolosità.

¹⁶⁵ Compreso il risarcimento cd. aggravato.

Un'ulteriore critica che usualmente viene rivolta nei confronti della prima categoria verte sul fatto che, in virtù delle regole in materia di responsabilità vicaria¹⁶⁶, la sanzione che viene inflitta nei confronti dell'autore materiale della condotta illecita finisce di fatto per essere sopportata dall'ente a cui il primo è legato da un rapporto di servizio, trasferendosi così, in definitiva sulle spalle della generalità dei consociati in quanto contribuenti. Accennandosi semplicemente alla questione appena prospettata e rinviandosi per una trattazione più approfondita al successivo paragrafo 8 di questo capitolo, non può che riconoscersi in via preliminare che se è vero che può apparire iniquo che le tasche dei contribuenti debbano essere chiamate a finanziare il pagamento di quello che per l'attore in giudizio rappresenta un autentico colpo di fortuna, essendo egli stato compensato *in toto* già per via dell'ordinario risarcimento compensativo, non deve nemmeno sfuggire il beneficio che alla stessa collettività deriva dall'importante funzione che il risarcimento esemplare svolge sul piano simbolico: quella di marcare la severità della riprovazione che l'ordinamento giuridico esprime nei confronti di tali condotte illecite.¹⁶⁷

La seconda categoria: la condotta determinata dal calcolo che il profitto realizzato per mezzo dell'illecito sarà superiore al danno arrecato. La seconda categoria enunciata da Lord Devlin comprende quelle condotte caratterizzate dalla circostanza che l'autore le abbia poste in essere a seguito di un calcolo in base al quale il profitto atteso quale risultato della condotta supererà l'eventuale risarcimento dovuto al danneggiato a titolo compensativo. In altre parole, il danneggiante, pur a conoscenza delle probabili conseguenze dannose del proprio comportamento, sceglie di perseverare in virtù della prospettiva di un guadagno di gran lunga superiore al costo associato al risarcimento del danno che eventualmente egli possa essere chiamato a pagare nel caso in cui il danneggiato decida di agire in sede civile. In tali circostanze l'ordinamento giuridico interviene con lo strumento del risarcimento esemplare per ribadire che "*tort does not pay*"¹⁶⁸, così neutralizzando, con finalità di deterrenza, il profitto o l'aspettativa di profitto del convenuto.

La prima osservazione che è possibile formulare con riferimento a questa categoria riguarda il suo fondamento giustificativo: in essa sembra, infatti, che la finalità di deterrenza predomini rispetto a quella punitiva, discostandosi sotto tale

¹⁶⁶ Su cui v. ATIYAH, *Vicarious Liability in the Law of Torts*, London, 1967.

¹⁶⁷ Cfr. *Consultation Paper on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, cit., 59.

¹⁶⁸ «where a defendant with a cynical disregard for a plaintiff's rights has calculated that the money to be made out of his wrongdoing will probably exceed the damages at risk, it is necessary for the law to show that it cannot be broken with impunity (...) exemplary damages can properly be awarded whenever it is necessary to teach a wrongdoer that tort does not pay»: *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129, 1227; v. anche Lord Morris in *Broome v Cassell*, [1972] A.C. 1027, 1094: «The situation contemplated is where someone faces up to the possibility of having to pay damages for doing something which may be held to have been wrong but where nevertheless he deliberately carries out his plan because he thinks that it will work out satisfactorily for him».

profilo dalla prima categoria, ove a prevalere sembra essere lo scopo volto alla “rivendicazione” dell’importanza dei diritti fondamentali.

La formulazione utilizzata da Lord Devlin nel caso *Rookes v. Barnard* per definire la categoria di fattispecie oggetto del presente paragrafo è la seguente:

«*Cases in the second category are those in which the defendant's conduct has been calculated by him to make a profit for himself which may well exceed the compensation payable to the plaintiff*».¹⁶⁹

Scorrendo la casistica riconducibile a questa seconda categoria, è possibile individuare due macro-aree¹⁷⁰: quella della diffamazione a mezzo stampa¹⁷¹ e

¹⁶⁹ *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129, 1226.

¹⁷⁰ A parte le due classi di illeciti richiamate nel testo, nell’ambito della categoria in parola sono stati accordati risarcimenti esemplari anche per *torts* diversi, principalmente riconducibili all’area della violazione delle regole in materia di concorrenza. In particolare se il lontano antecedente può essere individuato nel caso *Bell v The Midland Railway Company*, (1861) 10 CBNS 287, su cui lo stesso Lord Devlin fece leva quale precedente su cui fondare la seconda categoria, più di recente sembra che una nuova linea di precedenti abbia aperto la strada al risarcimento esemplare per violazione della disciplina antitrust, sia interna che comunitaria. In particolare, in *Devenish Nutrition Ltd v Sanofi-Aventis SA and others*, [2008] 2 W.L.R. 637 (cartello illecito tra imprese farmaceutiche) la Corte negava l’ammissibilità del risarcimento punitivo, a fronte di un illecito anticoncorrenziale avente rilevanza comunitaria e già oggetto di cognizione da parte della Commissione, in virtù del *ne bis in idem* (accordare il risarcimento esemplare in sede civile avrebbe significato irrogare una nuova sanzione nei confronti di un comportamento già sanzionato dalle Autorità Comunitarie) e in ossequio all’impegno assunto dagli Stati nazionali con il regolamento CE 1/2003 del 16 dicembre 2002 a non interferire con le decisioni assunte dalla Commissione in materia di illeciti anticoncorrenziali. La decisione affermava, però, il principio generale secondo cui venuto meno il *cause of action test*, il solo fatto che il *tort* azionato si sostanzia nella violazione di disposizione comunitaria (*breach of Community Law*), non esclude l’accesso al rimedio punitivo: «*as a result of the decision of the House of Lords in Kuddus v Chief Constable of Leicestershire Constabulary* [2002] 2 AC 122, *there is no longer a cause of action test for the award of exemplary damages. In other words the mere fact that a claim is brought under article 81 EC does not of itself rule out an award of exemplary damages*», *Nutrition Ltd v Sanofi-Aventis SA*, p. 656 (sembra venire meno, dunque, la preclusione a tali risarcimenti per violazione del diritto comunitario posta dal caso *R v Secretary of State ex parte Factortame Ltd*. (No. 5) [1998] All ER 736). Successivamente il Competition Appeal Tribunal, ha ribadito nel caso *Albion Water Limited v D r Cymru Cyfyngedig*, [2010] CAT 30, la ammissibilità del risarcimento esemplare in una fattispecie di abuso di posizione dominante per violazione della s. 47 del *Competition Act 1998*, tutte le volte in cui non si ponga questione di interferenza con una decisione della Commissione Europea (il risarcimento fu poi negato in punto di fatto, ma per mancanza del necessario elemento del calcolo illecito di profitto, di cui si dirà nel testo: *Albion Water Limited v D r Cymru Cyfyngedig*, [2013] CAT 6). Infine, nel caso *2 Travel Group Plc (In Liquidation) v Cardiff City Transport Services Ltd*, [2012] CAT 19 £ 60,000 furono liquidate in favore di parte attrice a titolo di danni esemplari per violazione della sec. 40 del *Competition Act 1998* (abuso di posizione dominante). Sulla sentenza v. in dottrina VELJANOVSKI, *CAT awards triple damages, well not really: Cardiff Bus, and the dislocation between liability and damages for exclusionary abuse in follow-on damage actions*, *European Competition Law Review*, 2013, 47 ss. La decisione, la prima che rechi condanna a danni esemplari per illecito *antitrust*, detta le linee guida per l’accertamento dei requisiti necessari ad integrare la seconda categoria nello specifico contesto dell’abuso di posizione dominante, nel quale spesso l’impresa munita di posizione dominante non è consapevole dell’illiceità della propria condotta ai sensi della normativa antitrust nel momento in cui la pone in essere. Per tali ragioni, per l’imposizione del risarcimento esemplare non basta l’accertamento che l’impresa in posizione dominante sul mercato fosse consapevole al momento della condotta del rischio che essa costituisse abuso di posizione dominante, è necessario che tale rischio si caratterizzi come inaccettabile e pur tuttavia l’impresa se ne disinteressi

quella dell' "unlawful eviction"¹⁷², cioè della molestia, turbativa e finanche del vero e proprio spoglio operati dal proprietario nei confronti dell'inquilino al fine

volontariamente. Il rischio a sua volta si configura come inaccettabile quando la condotta appaia come chiaramente illecita o sussista un'alta probabilità che essa risulti illecita.

¹⁷¹ La casistica riconducibile a questa prima macro-area si caratterizza per l'ammontare notevole dei risarcimenti accordati. Si citano qui alcuni casi senza alcuna pretesa di completezza: *McCarey v. Associated Newspapers Ltd.* (No. 2) [1965] 2 Q.B. 86; *Manson v. Associated Newspapers* [1965] 1 W.L.R.; *Broadway Approvals Ltd. v Odhams Press Ltd.* (No. 2) [1965] 1 WLR 805; *Broome v Cassell*, [1972] A.C. 1027; *Maxwell v Pressdram Ltd.* (No. 2) (1986) Times, 22 November; *Riches v News Group Newspapers Ltd.* [1986] QB 256; *Sutcliffe v Pressdram Ltd.* [1991] 1 Q.B. 153; *John v Mirror Group Newspapers Ltd.* [1997] QB 586. V. anche la casistica citata in LAW COMMISSION, *Consultation Paper*, cit., 60 – 61. Non è un caso che proprio all'interno di quest'ambito di fattispecie la Court of Appeal abbia ritenuto di dovere intervenire fissando precisi criteri per il calcolo del risarcimento, sia compensativo che esemplare, ancorandolo alle tabelle relative al risarcimento compensativo per *pain, suffering e loss of amenity* in caso di danno alla persona. Il *leading case* sul punto è il già citato *John v MNG*, un caso particolarmente noto, nel quale al celebre cantante Elton John fu accordato nel processo di primo grado un risarcimento esemplare pari a 275,000 £, in aggiunta a 75,000 £ in *aggravated damages*, per il danno sofferto a seguito della pubblicazione in copertina del Sunday Mirror di una falsa notizia con la quale si riferiva che il cantante era affetto da una forma di bulimia. Come giustamente sottolineato, non senza un certo sdegno, da HARRIS, CAMPBELL, NELSON, *Remedies in contract and tort*, Cambridge, 2002, 587, nt. 15 si trattava di un cifra pari a circa tre volte il massimo accordato per il danno non patrimoniale conseguente a tetraplegia. Ed infatti, in appello le due somme furono rispettivamente ridotte a 50.000 £ e 25,000 £. Sul *quantum* del risarcimento esemplare v infra par. 6.

Va peraltro ricordato che, di fatto, nelle azioni per *libel* la domanda volta ad ottenere il risarcimento esemplare viene formulata di rado e ciò principalmente per ragioni di carattere probatorio: come rilevato nel testo è difficile offrire la prova che la pubblicazione della notizia incriminata sia stata effettuata dietro il calcolo che essa farà impennare le vendite della rivista; in aggiunta, la formulazione della predetta domanda comporta per la parte attrice uno svantaggio tattico: essa determina, infatti, una sorta di inversione dell'onere della prova, venendo a gravare sull'attore l'onere di provare la mala fede dell'autore della pubblicazione. Per tali ragioni, gli avvocati nella maggior parte dei casi si guardano bene dal chiedere un risarcimento esemplare, accontentandosi dei lauti risarcimenti elargiti a titolo compensativo e aggravato (quest'ultimo dai più percepito come avente valenza "quasi punitiva": sul punto v. infra par. 9); sul punto cfr. Law Commission, *Report*, cit., 57. Per un'efficace sintesi dello stato del diritto inglese in materia di danni esemplari nell'ambito del *law of defamation* v. NEILL, RAMPTON, *Duncan & Neill on Defamation*, Butterworth & Co, 1983, 2 ed., 136. Per una più approfondita disamina della casistica in materia di diffamazione a mezzo stampa e *wrongful eviction* (di cui alla nota successiva) v. WILCOX, *Punitive damages in England*, cit., 12 ss.

¹⁷² La casistica in materia è particolarmente ricca e, a differenza dell'ambito della diffamazione a mezzo stampa, caratterizzata da risarcimenti di valore abbastanza modesto anche dopo l'eliminazione delle limitazioni alla giurisdizione delle County Courts che precludevano alle stesse la trattazione di cause di valore superiore a £ 5000 sterline (oggi le County Courts hanno, invece, giurisdizione illimitata per le domande che trovano fondamento in un *tort* od in un *contract*: cfr. *County Courts Act 1984*, come modificato da *High Court and County Courts Jurisdiction Order 1991*, S. I. 1991 No. 724 e successive modificazioni). Lo stesso Lord Devlin aveva prefigurato tale classe di fattispecie come rientrante nella categoria in analisi allorché affermava in *Rookes v Barnard*, [1964] A.C. 1129, 1227: *«it extends to cases in which the defendant is seeking to gain at the expense of the plaintiff some object—perhaps some property which he covets—which either he could not obtain at all or not obtain except at a price greater than he wants to put down»*. Nell'ambito di essa risarcimenti esemplari sono stati accordati in azioni fondate sui *tort* di *trespass e nuisance*. V., ad esempio, il *leading case* *Drane v Evangelou*, [1978] 1 W.L.R. 455 (1000 £ accordate a titolo di risarcimento esemplare per *trespass* consumato da parte del Landlord ai danni del Tenant, approfittando della cui assenza il primo aveva forzato la serratura e gettato fuori tutte le cose di proprietà dell'attore: al suo ritorno questi aveva trovato l'appartamento occupato e le

di riacquistare la disponibilità dell'immobile e farne un uso maggiormente profittevole rispetto a quello attuale.

Come affermato da Lord Hailsham of St. Marylebone nel noto e già citato caso *Broome v Cassell*¹⁷³, due sono le condizioni necessarie affinché possa ritenersi integrata la seconda categoria: i) la conoscenza in capo all'autore della condotta della illiceità della stessa o l'assoluto disinteresse in ordine alla liceità o illiceità di essa; ii) la scelta di perseverare nella condotta in ragione della prospettiva che da essa deriverà un guadagno in grado di superare gli eventuali costi connessi alla stessa.¹⁷⁴

Appare chiaro, differentemente da quanto avviene per la prima categoria¹⁷⁵, che un illecito extracontrattuale animato dal bieco calcolo che da esso deriverà un profitto deve essere commesso deliberatamente o quantomeno "*recklessly*", cioè con assoluta indifferenza nei confronti del rischio per l'altrui sfera giuridica determinato dalla propria condotta. Non pare, invece, che basti la semplice negligenza.¹⁷⁶

La questione della soglia psicologica al di sopra della quale sia consentito il ricorso al rimedio esemplare assume particolare rilevanza nell'area della diffamazione a mezzo stampa, ove ha ricevuto puntuale considerazione ed analisi. La ragione è naturalmente rappresentata dalle implicazioni che un rimedio come il risarcimento esemplare, che seppur concesso in sede civile ha pur sempre finalità punitive, produce sul terreno della tutela della libertà di espressione e di stampa, che è parte di quello zoccolo duro di diritti fondamentali situati alla base di ogni società democratica ed è protetta tra l'altro dall'art. 10 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Con riferimento, dunque, al *tort* di *libel* se la prova della conoscenza attuale della falsità della notizia pubblicata supera senza dubbio la soglia psicologica di cui si diceva, in mancanza di tale prova è, comunque, necessario dimostrare che l'autore della pubblicazione diffamatoria abbia agito con assoluto disinteresse

proprie cose nel cortile); *Reid and Reid v Andreou* [1987] (CLY) 2250; *McMillan v Singh* (1985) 17 HLR 120, nel quale la Court of Appeal ha negato rilevanza, quale circostanza esclusiva del risarcimento punitivo, al fatto che il *tenant* fosse in arretrato con i pagamenti del canone; nello stesso senso *Perry v Scherchen* [2002] 1 P & CR DG 8, *Bhatnagar and Elanrent v Whitehall Investments*, [1996] CLY 3790. Sulla casistica in materia v. più diffusamente WILCOX, op. ult. cit., 14 ss.

¹⁷³ [1972] A.C. 1027.

¹⁷⁴ «*knowledge that what is proposed to be done is against the law or a reckless disregard whether what is proposed to be done is illegal or legal, and (ii) a decision to carry on doing it because the prospects of material advantage outweigh the prospects of material loss*»: *Broome v Cassell*, [1972] A.C. 1027, 1079.

Si tratta di affermazione pronunciata dall'onorevole giudice con riferimento specifico al *tort* di *libel*, ma che pare estendibile anche agli altri *torts* che sono in grado di integrare la seconda categoria qui in esame.

¹⁷⁵ V. il paragrafo precedente.

¹⁷⁶ Cfr. WILBY, BENNETT, *The Law of Damages*, cit., 41; THE LAW COMMISSION, *Report on Aggravated, exemplary and restitutionary damages*, cit., 56 e 69.

nei confronti della falsità o veridicità della notizia; a tal fine non basta che sia provata la semplice negligenza in capo all'autore, è necessario, altresì, che si dimostri che l'autore della stessa non nutrisse alcun sentimento di genuina fiducia nella veridicità della pubblicazione, che egli cioè pur sospettando che la notizia fosse falsa si sia deliberatamente astenuto dal compiere quegli accertamenti ovvi e necessari che avrebbero potuto tramutare il semplice sospetto in certezza.¹⁷⁷

La seconda condizione, come si è detto, è che la condotta sia stata posta in essere dal danneggiante con la prospettiva che da essa avrebbe potuto ricavare un profitto superiore al rischio del costo eventualmente associato al risarcimento del danno in termini di pura e semplice compensazione. Con riferimento ad essa è necessario preliminarmente domandarsi che cosa si intenda esattamente per "profitto" ed in cosa debba consistere l'operazione di calcolo che si richiede il danneggiante abbia compiuto nel determinarsi alla condotta illecita. Quanto al profitto, è stato affermato che esso non sia da intendersi come limitato al guadagno in termini monetari in senso stretto e che invece inglobi qualsiasi vantaggio di tipo materiale che al convenuto possa derivare dalla condotta illecita, ad esempio un risparmio di spesa.¹⁷⁸ Quanto, invece, al calcolo richiesto quale motivo sottostante alla condotta illecita, la giurisprudenza, da una parte, costantemente ed unanimemente afferma che se ne richiede una interpretazione in senso ampio, escludendosi la necessità della prova che il convenuto abbia calcolato con precisione aritmetica costi e benefici e bastando, invece, la dimostrazione che la condotta sia stata motivata da una concreta ed attuale aspettativa di profitto in capo al danneggiante, dall'altra, però, richiede la prova rigorosa di tale elemento, escludendo che la mera circostanza che la condotta illecita sia stata posta in essere nell'ambito di un'attività commerciale, normalmente volta a perseguire un profitto¹⁷⁹, basti per ciò stesso a ritenerne provata la ricorrenza.¹⁸⁰

¹⁷⁷ «The jury must be satisfied that the publisher had no genuine belief in the truth of what he published. The publisher must have suspected that the words were untrue and have deliberately refrained from taking obvious steps which, if taken, would have turned suspicion into certainty»: *John v MGN Ltd.*, [1997] Q.B. 586, p. 618.

¹⁷⁸ Ad esempio, in *Maxwell v Pressdram Ltd (No. 2)* (1986) Times, 22 Novembre, fu ritenuto che anche la scelta di non ritirare dal mercato la rivista recante la notizia di cui si è appreso il potenziale carattere diffamatorio in corso di pubblicazione potesse qualificarsi come "profitto". Sul punto v. anche *Broome v Cassell*, [1972] A.C. 1027 e *John v MNG*, [1997] QB 586, ove in particolare l'aspettativa di profitto dell'autore della pubblicazione diffamatoria si basava sulle scarse probabilità che l'attore si risolvesse ad agire in giudizio nei suoi confronti dato che già in passato aveva dichiarato i propri abusi alimentari.

¹⁷⁹ Il principio è stato generalmente affermato con riferimento alla stampa: v. i casi citati nella nota successiva.

¹⁸⁰ Cfr. *Broome v Cassell*, [1972] A.C. 1027; *McCarey v. Associated Newspapers Ltd. (No. 2)* [1965] 2 Q.B. 86; *Broadway Approvals Ltd. v Odhams Press Ltd. (No. 2)* [1965] 1 WLR 805; *John v MNG*, [1997] QB 586.

Anche la categoria in esame, come la precedente, è stata fatta oggetto di numerose critiche in dottrina e giurisprudenza in ragione dello spettro applicativo ristretto, che, forse ancor più che nel caso della prima categoria, appare foriero di ingiustizia sul piano della sua applicazione pratica, nonché improntato ad illogicità. Ed infatti, ci si è domandati per quale ragione l'ordinamento debba approntare un rimedio di tipo punitivo in campo civile nei confronti di chi agisca spinto da sentimenti di avidità ma non invece nei confronti di chi ponga in essere una condotta parimenti riprovevole e sprezzante nei confronti dei diritti dell'attore sotto l'impulso di sentimenti altrettanto odiosi quali la vendetta, il semplice desiderio di nuocere ad altri, la pura malignità.¹⁸¹ Un tentativo di offrire una spiegazione è quello di chi¹⁸² afferma che il fine di politica del diritto che si cela dietro la stessa non è quello genuinamente punitivo, quanto invece la prevenzione dell'arricchimento ingiustificato, o più precisamente dell'arricchimento da fatto illecito.¹⁸³ Ciò spiegherebbe l'attenzione nei confronti dell'elemento del profitto: si tratterebbe cioè di uno strumento tramite il quale la finalità in parola viene estesa e generalizzata oltre gli angusti limiti di specifici rimedi equitativi; uno strumento in qualche modo, seguendo questa linea di ragionamento, imperfetto¹⁸⁴, in quanto contaminato da finalità punitive e basato sul mero intento volto al profitto piuttosto che

¹⁸¹ A tal proposito all'interno dello stesso Collegio giudicante di *Broome v Cassell*, [1972] A.C. 1027, furono offerte da due Giudici, entrambi di maggioranza, due opinioni diametralmente opposte. Secondo Lord Reid, p. 1088, che peraltro aveva già fatto parte del Collegio che si pronunciò sul caso *Rookes v Barnard*, [1964] A.C. 1129, non si poteva che ammettere la illogicità della distinzione cui si fa riferimento nel testo, la cui ragione andava ricondotta al mero ossequio nei confronti della regola del precedente vincolante: in sostanza, secondo l'illustre giudice, mentre esisteva una consolidata linea di precedenti che ammetteva il risarcimento esemplare per condotte animate dal calcolo del profitto, non così era per condotte di diverso tipo, rispetto alle quali fu preferito in quella sede non estendere la disponibilità del rimedio esemplare.

Per Lord Hailsham, p. 1079, invece, la ragione di tale disparità di rimedi approntati dall'ordinamento civilistico troverebbe spiegazione nel fatto che nel caso in cui la condotta illecita sia ispirata da mera malignità il sentimento di indignazione che legittimamente insorge nell'attore è totalmente ristorato dal risarcimento compensativo comprensivo del cd. *solatium*, il cui ammontare, nei casi di diffamazione, è tale da manifestare all'esterno la falsità e carenza di basi delle dichiarazioni diffamatorie; sia consentito qui far rilevare che tale ultima spiegazione francamente non appare convincente: non ci si avvede del perché le medesime esigenze di deterrenza sussistenti nei confronti della condotta motivata da avidità non debbano, altresì, ritenersi sussistenti nei confronti della condotta altrettanto oltraggiosa pur animata da intenti diversi.

¹⁸² Naturalmente, il riferimento è a *McGregor on Damages*, op. ult. cit., 381 – 382. Dello stesso avviso Lord Diplock, in *Broome v Cassell*, [1972] A.C. 1027, p. 1129.

¹⁸³ Con riferimento al diritto italiano è d'obbligo il riferimento a SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959 e TRIMARCHI, *L'arricchimento derivante da atto illecito*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Giuffrè, 1994, 1147 ss.

¹⁸⁴ «A makeshift and arbitrary method of preventing a tortfeasor's unjust enrichment»: *McGregor on Damages*, op. ult. cit., 381.

sull'attuale realizzazione dello stesso¹⁸⁵ da parte dell'autore della condotta illecita.¹⁸⁶

La terza categoria: le fattispecie in cui il ricorso al risarcimento esemplare è espressamente autorizzato da una disposizione legislativa. La categoria di fattispecie oggetto di esame nel presente paragrafo non poteva che essere enunciata dalla giurisprudenza: è evidente, infatti, che quando sia la suprema autorità del Parlamento ad arricchire l'armamentario rimediale predisposto a fronte di un determinato illecito del rimedio del risarcimento esemplare, la giurisprudenza non potrà che inchinarsi alla volontà così manifestata dal supremo organo rappresentativo.

¹⁸⁵ Cfr. *Archer v. Brown* [1985] 1 QB 401, 435.

¹⁸⁶ In effetti, nel 1964, anno del *leading case* *Rookes v Barnard*, lo strumento dei *restitutionary damages* non aveva ancora conosciuto l'elaborazione, merito di dottrina e giurisprudenza successive, che ne ha visto l'affermazione come strumento di tutela utilizzabile oltre gli angusti spazi dell'*equity*, specialmente a partire dal caso *Attorney General v Blake*, [2001] 1 A. C. 268. Su tale istituto, al di fuori del tema oggetto del presente lavoro, non può che rinviarsi a sedi più opportune, per tutte il già citato *Report* della Law Commission la cui parte III è dedicata specificamente al tema "*restitution for wrongs*". Sul caso *Attorney General v. Blake*, si rinvia anche al par. 5 del presente capitolo. In realtà, permangono differenze di sostanza tra *exemplary* e *restitutionary damages*, nonostante talora essi possano sul piano pratico sovrapporsi: la prima, già enunciata nel testo, riguarda la sufficienza della prova del motivo illecito che abbia animato la condotta quand'anche il profitto sperato non sia effettivamente realizzato; la seconda è che anche in presenza di un profitto attuale il *quantum* del risarcimento esemplare può eccedere il valore del profitto realizzato, per realizzare la finalità di deterrenza propria di quest'ultimo; infine, la terza differenza verte sul carattere discrezionale dei danni esemplari, con tutto l'armamentario di regole che quella discrezionalità guidano e governano, che invece non giocano alcun ruolo con riferimento ai *restitutionary damages*; sul punto cfr. Law Commission, *Report*, cit., 58 – 59. La ricostruzione di cui al testo ha trovato sostegno dapprima nell'opinione di Lord Scott of Foscote, in *Kuddus v Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, [2002] 2 A.C. 122, quantomeno implicitamente allorché afferma che a seguito dello sviluppo in via giurisprudenziale del diritto in materia di *restitutionary damages*, il profitto realizzato mediante fatto illecito può essere strappato all'autore senza che sia più necessario ricorrere all'anomalo istituto dei danni esemplari, e da ultimo nella decisione della Court of Appeal (Civil Division) *Borders (UK) Ltd & Others v Commissioner of Police of the Metropolis & Another*, [2005] EWCA Civ 197, nel quale, sulla base dell'almeno in parte comune fondamento giustificativo tra i due tipi di risarcimento, viene accolta la domanda di parte volta ad ottenere un risarcimento esemplare, risarcendo sotto tali spoglie una somma che in realtà non è altro che l'illecito profitto realizzato dal convenuto cui corrisponde una perdita nella sfera patrimoniale di parte attrice. Per un commento particolarmente critico della sentenza citata, sotto il profilo della tenuta sul piano logico-giuridico del ragionamento della Corte sommariamente esposto, v. CAMPBELL, DEVENNEY, *Damages at the borders of legal reasoning*, in C.L.J. 2006, 65(1), 208 ss.; sulla stessa pronuncia v. anche CUNNINGTON, *The border between compensation, restitution and punishment*, L.Q.R., 2006, 382 ss. V. anche il successivo caso *AT, NT, ML, AK v Gavril Dulghieru, Tamara Dulghieru* [2009] EWHC 225 (QB), la Queen's Bench Division riconosceva una somma a titolo di danni esemplari alle attrici le quali erano state costrette alla prostituzione da parte dei convenuti, nell'ambito di un'organizzazione volta al sistematico sfruttamento sessuale di immigrate, nonostante questi fossero già stati condannati in sede penale ed in quella stessa sede fosse stata prevista la confisca di una parte dei profitti derivanti dal traffico illecito, affermando che il fondamento giustificativo retrostante un risarcimento punitivo ai sensi della seconda categoria fosse da individuarsi nella prevenzione dell'arricchimento ingiustificato (il riferimento è, in particolare, all'illecito profitto realizzato per effetto della condotta illecita). Su tale ultimo caso v. MCCARTHY, *AT v Dulghieru: personal injury - trafficking for sexual exploitation*, *Journal of Personal Injury Law*, 2009, C195 ss., ove si sottolinea la rarità di risarcimenti esemplari nell'ambito delle *personal injuries*.

Son rare le occasioni nelle quali il legislatore inglese ha previsto il rimedio del risarcimento esemplare e, almeno fino al *Crime and Courts Act 2013* di cui si dirà alla fine del presente paragrafo, esse hanno rivestito un rilievo tutto sommato trascurabile.

La prima ipotesi è quella, già menzionata da Lord Devlin¹⁸⁷, di cui all'*Auxiliary Forces (Protection of Civil Interests) Act 1951*, sec. 13 (2)¹⁸⁸, che espressamente ammette il risarcimento esemplare nei confronti di chi ometta, prima di portare ad esecuzione un provvedimento civile tra quelli menzionate nello stesso *Statute* nei confronti dei soggetti protetti da esso, e cioè i membri delle forze armate, di procurarsi la necessaria autorizzazione rilasciata dalla Corte competente in materia.¹⁸⁹

Altro esempio, ben più importante, è quello costituito dal *Copyright, Designs and Patents Act* del 1988 sec. 97 (2)¹⁹⁰ e 229(3)¹⁹¹. Le disposizioni in parola consentono al giudice, in caso di violazione dei relativi diritti di proprietà intellettuale, di liquidare in favore del danneggiato “*additional damages*”, un risarcimento cioè ulteriore, avuto riguardo alla gravità della violazione e ai benefici che essa ha apportato al suo autore.

Rimane controverso il significato da attribuire all'espressione “*additional damages*” e, in particolare, se essa sia da considerarsi come previsione del risarcimento punitivo.¹⁹²

¹⁸⁷ *Rookes v Barnard*, [1964] A.C. 1129, 1225.

¹⁸⁸ «*In any action for damages for conversion or other proceedings which lie by virtue of any such omission, failure or contravention, the court may take account of the conduct of the defendant with a view, if the court thinks fit, to awarding exemplary damages in respect of the wrong sustained by the plaintiff*».

¹⁸⁹ È dibattuto quale sia l'esatto significato da attribuire alla disposizione in parola. A tal proposito, cfr. DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS (DCA), *The law on Damages*, cit., 77, che definisce testualmente la disposizione citata “*clearly anomalous*” proponendo di intervenire legislativamente sulla stessa rimpiazzando l'espressione “*exemplary damages*” con “*aggravated damages*”. Ciò in linea con quanto affermava, già in *Broome v Cassell*, [1972] A.C. 1027, 1133, Lord Kilbrandon, secondo il quale la circostanza che il reale significato da attribuire alla locuzione “*exemplary damages*” usata nella sec. 13 (2) sarebbe quello di “*aggravated damages*”, andrebbe dedotta dall'applicabilità della stessa, in virtù della successiva sec. 13 (6), anche alla Scozia, nel cui ordinamento, come è noto, non è riconosciuta cittadinanza alcuna all'istituto del danno esemplare né potendosi ritenere che la disposizione in parola abbia voluto surrettiziamente introdurre la dottrina del danno esemplare nel diritto scozzese.

¹⁹⁰ «*The court may in an action for infringement of copyright having regard to all the circumstances, and in particular to—*

(a) the flagrancy of the infringement, and

(b) any benefit accruing to the defendant by reason of the infringement, award such additional damages as the justice of the case may require».

¹⁹¹ «*The court may in an action for infringement of design right, having regard to all the circumstances and in particular to—*

(a) the flagrancy of the infringement, and

(b) any benefit accruing to the defendant by reason of the infringement, award such additional damages as the justice of the case may require».

La disposizione è riprodotta in modo identico nel *Patents Act 1977*, Sch. A1 par. 12.

¹⁹² Per una disamina delle opinioni espresse in dottrina e giurisprudenza sul punto v. LAW COMMISSION, *Consultation Paper*, cit., 65, nt. 237; WILCOX, *Punitive Damages in England*, cit.,

Come anticipato all'inizio del paragrafo, di recente il Legislatore inglese sembra essersi accorto delle potenzialità dell'istituto che qui ci occupa, decidendo di servirsene nell'ambito di quello che appare un più ampio disegno di riforma di un settore delicatissimo della vita sociale: quello della stampa.

Il riferimento è al *Crime and Courts Act 2013*. Si tratta di un provvedimento recante al suo interno una serie di disposizioni di carattere eterogeneo tra cui, alle sezioni 34 – 41, sotto il titolo “*Publishers of news-related material: damages and costs*”, compaiono norme in materia di risarcimento del danno e spese di lite con riferimento a cause originate dalla pubblicazione di notizie giornalistiche¹⁹³.

Preme in prima battuta far rilevare che l'articolato del quale si sta per offrire una sommaria esposizione, costituito dalle già menzionate sezioni 34 – 41, non è ancora entrato in vigore. Ed infatti, ai sensi della sezione 61(7) dello *Statute*, l'entrata in vigore è rimandata al momento in cui sarà decorso un termine annuale, il cui *dies a quo* è rappresentato dalla emanazione di un provvedimento regolamentare che istituisca un organismo pubblico con il compito di attribuire il riconoscimento pubblico agli organismi di regolazione degli organi di stampa di cui si dirà di seguito.

Quella che si passerà in rassegna è, dunque, una disciplina non ancora in vigore e per la quale non è stata fissata una data di entrata in vigore precisa.¹⁹⁴

Pare opportuno, in prima battuta, chiarire il contesto nel cui ambito viene a collocarsi l'emanazione della predetta sezione: ciò al fine di agevolare la comprensione della disciplina.

Essa costituisce l'attuazione di raccomandazioni contenute nella parte quarta del cd. *Leveson Report*¹⁹⁵. Tale pubblicazione è il frutto di un'inchiesta avviata nel

17, nt. 58. V. da ultimo *Nottinghamshire Healthcare NHS trust v News Group Newspapers Ltd* [2002] EWHC 409 (Ch), nel quale la Corte propende per una caratterizzazione in senso non punitivo del remedio, il quale sarebbe in grado di giustificare un risarcimento a titolo di “*aggravated damages*” e di “*restitutionary damages*”, ma non a titolo esemplare. Dello stesso avviso Department for Constitutional Affairs (DCA), *The law on Damages*, cit., par. 210 ss. che propone di rimpiazzare l'espressione *additional damages* con “*aggravated damages*” e “*restitutionary damages*”.

¹⁹³ L'esatto ambito di applicazione della normativa richiamata è definito dal punto di vista soggettivo, con riferimento ai soggetti che possono rivestire la qualifica di convenuti: si tratta di tutti coloro i quali pubblicano “*news related materials*”, cioè pubblicazioni alle quali partecipano più autori e caratterizzate da un controllo editoriale; dal punto di vista oggettivo rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina *de qua* tutte quelle azioni correlate a pubblicazioni giornalistiche relative ai *torts* di *libel*, *slander*, *breach of confidence*, *misuse of private information*, *malicious falsehood*, *harrassment*. Per un primo commento su tali disposizioni v. LEWIS, *Revisiting press regulation - the case for a public interest defence for journalists*, *Archibold Review*, 2013, 4 s.

¹⁹⁴ Si prevede che le disposizioni in commento entrino in vigore nel novembre del 2014: cfr. LEWIS, *Revisiting press regulation - the case for a public interest defence for journalists*, cit., 4.

¹⁹⁵ *An Inquiry into the Culture, Practices and Ethics of the Press, Report*, the Right Honourable Lord Justice Leveson, November 2012, HC 780. Per qualche riflessione sullo stesso e sul futuro delle raccomandazioni in esso formulate v. CHAMBERLAIN, *Where now? The Leveson Report and what to do with it*, *Communications Law*, 2013, 21 ss.; WRAGG, *Time to end the tyranny: Leveson*

luglio 2011 sugli standard etici e deontologici e sulle pratiche in uso nel mondo della stampa, a seguito di vari scandali riguardanti le intercettazioni di conversazioni e messaggi telefonici della famiglia reale, di celebrità e addirittura di una adolescente assassinata, da parte di varie testate giornalistiche riconducibili all'ormai cessato gruppo editoriale "News of the World".¹⁹⁶

I risultati dell'inchiesta, condensati nel rapporto finale summenzionato, sono apparsi tutt'altro che rassicuranti.

Proprio per ristabilire il rispetto dei canoni deontologici che dovrebbero guidare gli organi di stampa nell'esercizio del compito ad essi tradizionalmente riconosciuto di cani da guardia della democrazia, la parte quarta del Rapporto propone, in una serie di raccomandazioni, la instaurazione di un sistema di autoregolamentazione, destinato a trovare il proprio perno in un organismo di regolazione degli organi di stampa, da questi costituito, ma che ottenga il riconoscimento pubblico, previa verifica del possesso di una serie di requisiti di indipendenza tanto dal potere politico quanto dai grandi gruppi editoriali.¹⁹⁷

Lo strumento rimediale del risarcimento esemplare entra in gioco nel complesso disegno di regolamentazione della stampa, *in primis*, quale incentivo alla costituzione ed alla adesione agli organismi di regolazione da parte degli editori¹⁹⁸. Ed infatti, la sez. 34 opera una distinzione tra editori che aderiscano ad un organismo di regolamentazione riconosciuto e quelli che non vi appartengano. Nei confronti dei primi, qualora ne sia riconosciuta la responsabilità in sede civile per un danno arrecato per effetto della pubblicazione di notizie, opera una preclusione che impedisce che essi siano condannati ad una somma a titolo di risarcimento esemplare; quest'ultima cessa di operare soltanto nelle ipotesi elencate nella subsez. (3).

and the failure of the fourth estate, Communications Law, 2013, 11 ss.; HOOPER, JORDAN, *The Leveson report and the future regulation of the press, Entertainment Law Review*, 2013, 45 ss.

¹⁹⁶ Lo scandalo denominato con gli appellativi *hackgate*, *rupergate*, *mardochgate* (questi due ultimi appellativi dal nome dell'amministratore del gruppo editoriale Rupert Murdoch) ha assunto proporzioni immani, tali da scuotere il mondo della stampa e l'opinione pubblica e dar luogo ad un'inchiesta durata ben 16 mesi e conclusasi con un rapporto di circa duemila pagine, dal quale emerge l'uso sistematico da parte del mondo giornalistico di pratiche a dir poco discutibili, spesso risolvendosi in veri e propri atti persecutori nei confronti dei soggetti che ne divengono vittime, in quanto al centro della "notizia", *celebrities* e non.

¹⁹⁷ Il compito di attribuire riconoscimento agli organismi di autoregolamentazione costituiti dai gruppi editoriali spetterà ad un organismo che la cui costituzione lo Statute demanda ad un futuro provvedimento regolamentare (sez. 61 (7)).

¹⁹⁸ Altro meccanismo che il *Leveson Report* prevede al fine di incentivare l'adesione agli organismi di regolazione degli organi di stampa riguarda specificamente il contenzioso civile: è, infatti, previsto che gli organismi di autoregolamentazione mettano a disposizione degli aderenti un sistema di risoluzione della controversie in via arbitrale, caratterizzato da bassi costi di accesso. Quest'ultimo, in un sistema come quello del processo civile inglese, caratterizzato dalla gravosa incidenza delle spese di lite sul bilancio finale delle cause, costituisce senz'altro un incentivo dalle potenzialità di successo tutt'altro che trascurabili.

Di seguito, il legislatore passa ad enunciare i presupposti in base ai quali, qualora non operi la preclusione di cui si è detto, è possibile condannare l'editore della pubblicazione ad una somma a titolo esemplare.

E' necessario:

- (a) che la condotta del convenuto manifesti un deliberato o sprezzante disinteresse per i diritti dell'attore tale da caratterizzarsi come oltraggiosa;
- (b) che la condotta sia meritevole di punizione per le sue caratteristiche;
- (c) che gli altri rimedi disponibili risultino inadeguati a punire adeguatamente la condotta di parte convenuta.

Ciò che cattura immediatamente l'attenzione è la circostanza che dall'elencazione dei presupposti che consentono di dar corso al rimedio esemplare è scomparso il requisito del cd. *profit seeking behaviour*, proprio della seconda categoria, che richiede che la condotta oggetto di punizione sia motivata dallo scopo di realizzare un profitto.¹⁹⁹ Il beneficio attuale o potenziale derivante dalla condotta compare unicamente come fattore che il giudice è chiamato a valutare nella fase della determinazione del risarcimento esemplare. L'operazione compiuta dal legislatore inglese sembra, dunque, aver svincolato l'area della diffamazione a mezzo stampa dalle strettoie della seconda categoria di Lord Devlin, riampiendo il novero delle condotte suscettibili di dar luogo a risarcimento esemplare: tutte le condotte che per il disprezzo, deliberato o frutto di totale indifferenza nei confronti dei diritti dell'attore, si caratterizzano come oltraggiose e come tali meritevoli di punizione in sede civile. Ovviamente non sfugge il fatto che a tale "naturale riespansione" dei presupposti applicativi dell'istituto del danno esemplare faccia da contrappeso la preclusione operante ai sensi della sez. 34 (2), che risulta fortemente limitativa dell'area di applicazione dello stesso.

La successiva sez. 35 enuncia una serie di considerazioni rilevanti per valutare se nella fattispecie sia appropriato il ricorso al risarcimento esemplare e che vanno tenute in conto unitamente a tutte le altre circostanze concrete.²⁰⁰

La successiva sez. 36 enuncia, invece, una serie di fattori rilevanti con riferimento al *quantum* del risarcimento esemplare.²⁰¹

¹⁹⁹ V. paragrafo precedente.

²⁰⁰ Non si dà luogo, in generale, a condanna esemplare qualora per la stessa condotta il convenuto sia già stato condannato in sede penale (sulla rilevanza del giudizio penale o della potenziale responsabilità penale v. infra par. 4: come risulta dalla trattazione ivi contenuta, la questione appare controversa in giurisprudenza e l'indicazione legislativa in parola, seppur riferita ad una sola categoria di fattispecie, potrebbe orientare i giudici verso una generalizzazione della stessa a tutte le categorie di casi);

La Corte deve considerare se l'accesso ad un organismo di regolazione fosse consentito al convenuto all'epoca dei fatti; se sì perché egli non vi abbia aderito; qualora ciò sia rilevante con riferimento alla condotta causativa di danno, se il convenuto disponesse di adeguate procedure interne in grado di evitare la raccolta o la pubblicazione illecite di materiale e se sì se esse siano state osservate nel caso concreto.

²⁰¹ Il risarcimento esemplare deve essere pari al minimo necessario per punire il convenuto per la condotta illecita e deve essere proporzionato alla gravità di quest'ultima; nel determinare

I due articoli successivi dettano disposizioni per le ipotesi in cui, rispettivamente, vi siano una pluralità di danneggiati-attori o una pluralità di convenuti. Quanto alla prima delle due ipotesi, sono fissate due fondamentali regole: il totale del risarcimento esemplare accordato deve essere tale da non punire eccessivamente il convenuto e una volta che vi sia stata condanna del convenuto a risarcimento esemplare, non sarà più possibile accordare un risarcimento esemplare in cause future in favore di soggetti parimenti danneggiati dalla medesima condotta illecita.²⁰² Per l'ipotesi di molteplicità di convenuti, i quali abbiano contribuito alla condotta illecita o comunque siano a vario titolo responsabili per la stessa, la soluzione fatta propria dal legislatore è opposta a quella finora avallata in seno alla giurisprudenza²⁰³: per il risarcimento esemplare il regime applicabile è quello della *several liability*, ognuno dei convenuti è cioè responsabile soltanto per quella quota del danno esemplare liquidata nei suoi confronti e commisurata al grado di rimproverabilità attribuibile alla sua personale condotta.

Appare chiaro che la disciplina così sommariamente esposta, nel momento in cui entrerà in vigore, da una parte sarà suscettibile di ampia applicazione, toccando un'area particolarmente rilevante delle controversie civili e, dall'altra, inciderà in modo pesante sulla fisionomia dell'istituto che qui ci occupa giacché il suo ambito di applicazione, quello delle controversie riguardanti illeciti perpetrati in seno a pubblicazioni giornalistiche, coincide grosso modo con una delle poche aree del contenzioso civile che, come si è visto nel precedente paragrafo, sono caratterizzate dalla disponibilità del rimedio esemplare. A ciò si aggiungono due ulteriori riflessioni. La prima è che l'articolato in questione rappresenta il primo tentativo del legislatore inglese di dettare una regolamentazione per i risarcimenti esemplari, la cui disciplina finora era sempre stata rimessa al *common law*, avendo sempre il Parlamento manifestato uno scarso interesse per l'istituto. Esso propone delle soluzioni a volte semplicemente recettive del *case law*, altre volte del tutto innovative, con riferimento a rilevanti aspetti circa l'*an* e il *quantum* del risarcimento esemplare. Appare probabile che delle indicazioni elargite dal legislatore la giurisprudenza saprà far tesoro e, ove ne rilevi la portata generale, se del caso non rifuggerà da una loro applicazione analogica, generalizzandole oltre l'ambito applicativo di detta disciplina. La seconda riguarda, invece, i presupposti sostanziali che a mente della sez. 34 consentono

l'ammontare la Corte deve, inoltre, tenere conto della perdita che la condotta abbia arrecato o intendesse arrecare e del guadagno che da essa sia derivato o che dalla stessa ci si aspettasse.

È previsto, infine, che la finalità punitiva comprenda anche quella di deterrenza.

Come si evince dal confronto con i criteri che nella materia *de qua* sono stati elaborati dalla giurisprudenza e sui quali v. *infra* par. 6, la disposizione non appare particolarmente innovativa.

²⁰² La regola in parola appare anch'essa un'indicazione utile proveniente dal legislativo per dare soluzione alle fattispecie cd. di *mass torts*, nelle quali la molteplicità di danneggiati è stata talora considerata una preclusione assoluta nei confronti del risarcimento esemplare: v. *infra* par. 4.

²⁰³ Sul punto v. *infra* par. 5.

l'accesso al rimedio esemplare: il riferimento puro e semplice al carattere oltraggioso della condotta tale per cui essa si renda meritevole di punizione, costituisce senz'altro, come rilevato in precedenza, un superamento delle strettoie di *Rookes v Barnard* e potrebbe far pensare ad un prossimo superamento delle stesse anche al di fuori dell'ambito di applicazione oggettivo del *Crime and Courts Act 2013*.

4. Il risarcimento esemplare come rimedio discrezionale. Fattori che indirizzano la discrezionalità del giudice o della giuria.

L'accertamento positivamente effettuato in ordine alla ricorrenza del necessario requisito della sussumibilità della fattispecie concreta in una delle tre categorie enunciate non determina il diritto in capo all'attore a vedersi riconosciuto un risarcimento a titolo esemplare. Ed infatti, il rimedio del quale qui ci si occupa ha natura discrezionale, spettando al giudice o alla giuria valutare se le specifiche circostanze del caso concreto rendano appropriato il ricorso allo stesso²⁰⁴.

Naturalmente nell'esercizio di tale discrezionalità il giudice (o la giuria) sarà guidato da alcuni criteri²⁰⁵, stratificatisi all'interno del *case-law*, e in generale dovrà tenere conto di tutte le circostanze del caso concreto.

Tre di essi furono espressamente formulati da Lord Devlin in *Rookes v Barnard* e sono noti come le tre "*considerations*"²⁰⁶. A questi se ne aggiunge un quarto, anch'esso desumibile dal *dictum* dell'illustre Giudice, che viene di solito riferito in giurisprudenza o nella letteratura in materia come "*if but only if*" test, pare opportuno partire proprio dall'analisi di quest'ultimo, per poi dar conto di seguito degli altri.

a) l'*if but only if* test²⁰⁷. Sulla base di tale criterio potrà essere riconosciuto all'attore un risarcimento a titolo esemplare se e solo se (*if but only if*) la somma liquidata a titolo compensativo (eventualmente comprensiva del risarcimento aggravato) risulti inidonea a realizzare le finalità proprie del primo (punizione del convenuto, deterrenza, manifestazione della disapprovazione della Corte nei confronti della condotta illecita). Tale criterio si basa, *in primis*, sul presupposto

²⁰⁴ Cfr. WILBY, BENNETT, *The Law of Damages*, cit., 42 ss.

²⁰⁵ Molti dei criteri alla cui enunciazione si procederà di seguito rilevano non soltanto con riferimento all'*an* del risarcimento punitivo ma anche al *quantum*. Per comodità, nonché per ragioni sistematiche si procederà alla enunciazione separata dei criteri di calcolo del risarcimento esemplare una volta esaurita la tematica dei presupposti dello stesso.

²⁰⁶ Le cd. tre *considerations* enunciate da Lord Devlin come criteri guida per il giudice e, soprattutto, per le giurie sono: a) l'attore in giudizio deve essere la vittima del comportamento punibile; b) moderazione nel calcolo del *quantum* dei danni esemplari; c) il patrimonio delle parti in giudizio. Il primo verrà analizzato di seguito, insieme agli altri criteri che guidano la discrezionalità del giudice (o della giuria) con riferimento all'*an* del risarcimento esemplare, degli altri due si dirà al paragrafo 6 di questo capitolo, allorché verranno affrontate le diverse questioni connesse al *quantum* dei danni esemplari.

²⁰⁷ *Rookes v Barnard and Others*, [1964] A.C. 1129, 1229.

di una riconosciuta efficacia punitiva anche in capo al risarcimento compensativo: in buona sostanza, cioè, si riconosce che la semplice imposizione dell'obbligazione risarcitoria in capo al convenuto può già per se stessa esplicitare un'efficacia punitiva e deterrente nei confronti di questi, tale per cui, in alcune circostanze, può rendersi inopportuna l'imposizione di una somma ulteriore a titolo di *exemplary damages*. Esso, inoltre, manifesta l'esigenza che il rimedio punitivo venga utilizzato come *extrema ratio*.

b) l'attore deve essere anche la vittima del comportamento oggetto di punizione. Il significato del criterio in parola appare tuttora poco chiaro e non è stato fatto oggetto di particolare attenzione da parte della giurisprudenza²⁰⁸.

L'interpretazione preferibile sembra trovare conforto negli specifici fatti del caso *Rookes v Barnard*²⁰⁹. Ed infatti, pare potersi ritenere insussistente il requisito in parola quando, esattamente come in *Rookes v Barnard*, la condotta di parte convenuta che sarebbe stata astrattamente meritevole di punizione, pur produttiva di danno nei confronti di parte attrice, non fosse rivolta direttamente nei confronti di essa ma di un terzo.²¹⁰

²⁰⁸ Oltre a quella che viene di seguito riferita nel testo, è possibile avanzare una seconda interpretazione del suddetto requisito: può darsi che quando Lord Devlin lo formulò avesse in mente la prassi giudiziaria d'oltreoceano, nella quale, spesso effettivamente (almeno fino ai recenti aggiustamenti operati dalla Corte Suprema) il risarcimento punitivo liquidato in favore dell'attore, tramite lo strumento del cd. moltiplicatore, viene ad inglobare l'equivalente della perdita che la medesima condotta illecita posta in essere dal danneggiante abbia arrecato a terzi estranei al giudizio (ovviamente il contesto di riferimento è quello dei *mass torts*, nei quali, appunto, la condotta illecita si caratterizza per le sue potenzialità lesive amplificate con riguardo al numero dei soggetti danneggiati).

²⁰⁹ [1964] A.C. 1129.

²¹⁰ Questi i fatti di *Rookes v Barnard*: l'attore in giudizio veniva licenziato dalla British Overseas Airways Corporation a seguito di pressioni a tal fine provenienti dall'Associazione sindacale cui lo stesso aveva ritirato la propria adesione poco prima del licenziamento. Tra la Società datrice di lavoro e l'Associazione sindacale, i cui rappresentanti furono convenuti in giudizio dal sig. Rookes, vigeva un accordo (cd. "*closed shop agreement*") in base al quale, qualora si fosse avverata la condizione che presso una delle sedi dell'azienda tutti i lavoratori risultassero iscritti a detta Associazione sindacale, la Compagnia si sarebbe astenuta dal destinare a quella sede lavoratori che non fossero parimenti iscritti alla stessa sigla. Quando il sig. Rookes, che lavorava presso una sede nella quale il 100% degli impiegati era iscritta alla sigla sindacale in questione, ritirò la propria adesione alla stessa, rifiutandosi di rinnovare l'iscrizione nonostante le pressioni del Sindacato, questo minacciò il datore di lavoro di indire uno sciopero (in palese *breach of contract*, vigendo tra lo stesso Sindacato e la Compagnia un accordo, parte integrante del contratto individuale di ciascun lavoratore iscritto al primo, in base al quale il Sindacato era tenuto ad astenersi da scioperi e altre azioni dello stesso tipo e qualsiasi tipo di controversia sarebbe stata risolta in sede di arbitrato) se questi non avesse proceduto al licenziamento del sig. Rookes. La Compagnia a fronte di tali pressioni e nel timore che lo sciopero, propagandosi, assumesse vasta portata, si risolse a licenziare Rookes. A quest'ultimo non rimase che agire nei confronti dei rappresentanti sindacali direttamente responsabili della minaccia, chiedendo il risarcimento del danno derivante dalla loro condotta, nonché un risarcimento a titolo punitivo. La Corte, pur ritenendo la condotta dei convenuti idonea ad integrare il *tort* di *deceit*, rispose negativamente alla seconda delle due domande di parte attrice, per la sua inidoneità a rientrare in una delle tre categorie summenzionate, che furono in quella sede enunciate. La fattispecie, così per sommariamente tratteggiata, mostra bene quale possa essere il significato del requisito in parola: pur essendo il comportamento dei rappresentanti sindacali produttivo di danno nei confronti di

c) il *ne bis in idem* «sostanziale»: rilevanza penale della condotta illecita posta alla base del risarcimento punitivo. Quella dell'eventuale sovrapposizione tra sanzione penale e risarcimento esemplare è una questione particolarmente delicata. Ed infatti, il principio del *ne bis in idem*, che impedisce che un soggetto venga processato due volte per lo stesso fatto materiale, giace alla base dei moderni ordinamenti democratici e, d'altronde, come si è visto, l'argomento del rischio di commistione tra diritto civile e penale, in quanto branche separate di un ordinamento giuridico, è uno dei più frequentemente invocati dai detrattori dell'istituto oggetto del presente studio.

A rigore, naturalmente, non sorge questione di violazione del *ne bis in idem* in caso di condanna, per il medesimo fatto, a sanzione penale e al pagamento del risarcimento esemplare: il fatto, infatti, assume rilevanza diversa agli occhi dei due settori ordinamentali secondo i cui criteri esso viene ad essere valutato, rispettivamente in termini di illecito penale e di illecito civile. Nondimeno, non vi è chi non si avveda della sostanziale ingiustizia derivante dall'applicazione di un doppio trattamento sanzionatorio nei confronti di un soggetto per il medesimo fatto.

Al riguardo, pur non essendo mai stata affermata nell'ordinamento inglese una rigida regola preclusiva in via automatica del risarcimento esemplare ogniquale volta vi sia stata condanna in sede penale²¹¹, quest'ultima costituisce un fattore particolarmente rilevante nel giudizio discrezionale sull'*an* dello stesso.²¹²

Rookes, non era nei suoi confronti che era specificamente rivolta la minaccia della commissione del *breach of contract* costituente il *deceit*, condotta questa particolarmente riprovevole, bensì nei confronti della Compagnia datrice di lavoro. Sul punto cfr. Law Commission, *Consultation Paper*, cit., 78 – 79; Law Commission, *Report*, cit., 65; come fa notare *McGregor on Damages*, cit., 384, se si interpretasse il requisito in parola nel senso della non cedibilità dell'azione volta ad ottenere un risarcimento esemplare esso risulterebbe privo di utilità giacché esiste già una consolidata regola in *common law* che esclude la cedibilità delle azioni in *torts* per atto *inter vivos*. L'unica situazione residua sarebbe, dunque, quella in cui il diritto al risarcimento punitivo si trasmettesse *mortis causa*, ma ad un tale trasferimento osterebbe il *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934* che esclude la trasmissibilità *mortis causa* dell'azione volta ad ottenere il risarcimento punitivo.

²¹¹ La regola in parola sussiste invece nell'ordinamento neozelandese. Il *leading case* è *Daniels v Thompson* [1998] 3 NZLR 22, nel quale è stato affermato che non vi possa essere condanna a risarcimento punitivo qualora i fatti posti a fondamento della domanda risarcitoria in sede civile siano sostanzialmente coincidenti con quelli che siano stati oggetto di un precedente giudizio penale (di assoluzione o condanna) o che si prevede possano in futuro essere oggetto di cognizione da parte di un giudice penale.

²¹² Cfr. *McGregor on Damages*, cit., 389 ss.; WILBY, BENNETT, *The Law of Damages*, cit., 43. In giurisprudenza v. *Archer v Brown* [1985] Q.B. 401, nel quale la Queen's Bench Division considerò la condanna a pena detentiva già inflitta al convenuto come assolutamente preclusiva del risarcimento esemplare in sede civile; *A.B. and Others v South West Water Services Ltd.* [1993] Q.B. 507, nel quale pur essendo la domanda di condanna a danni esemplari rigettata per la ragione principale della inidoneità del *tort* azionato a superare il *cause of action test* (su cui v. par. 1 di questo capitolo), anche la circostanza che la Società convenuta fosse già stata condannata in sede penale fu considerata: essa non fu però ritenuta una preclusione assoluta al rimedio punitivo in sede civile ma un fattore particolarmente rilevante nella valutazione che il giudice deve operare.

Più di recente, v. *Borders (UK) Ltd & Others v Commissioner of Police of the Metropolis & Another* [2005] EWCA Civ 197, nel quale il convenuto, già condannato in sede penale a pena detentiva e sottoposto in quella stessa sede a procedura di confisca, fu altresì condannato al pagamento di 100,000 sterline nei confronti degli attori. È curioso che in quella sede oggetto di considerazione da parte della Court of Appeal fu unicamente l'eventuale sovrapposizione tra la confisca ordinata in sede penale e il rimedio civile esemplare, mentre non fu considerato il rischio di doppia punizione derivante dalla già comminata pena detentiva: probabilmente tale circostanza è riconducibile alla sostanziale natura restitutoria-compensativa che i danni esemplari rivestirono in quel caso, v. nota 96; lo stesso nel caso successivo *AT, NT, ML, AK v Gavril Dulghieru, Tamara Dulghieru* [2009] EWHC 225 (QB). A tal proposito cfr. WILCOX, *Punitive damages in England*, cit., 28, la quale suggerisce che nel caso *Borders* non si poneva questione di doppia condanna, in sede penale e in sede civile, in quanto la condotta in considerazione della quale veniva pronunciata condanna al pagamento di danni esemplari inglobava ma andava ben oltre quella incriminata in sede penale e ivi oggetto di condanna.

Bisogna peraltro distinguere tra le ipotesi in cui la sanzione penale sia già stata applicata e quelle in cui il procedimento penale e quello civile procedano parallelamente. In quest'ultimo caso, salvo il potere del giudice civile di sospendere il processo fino alla conclusione di quello penale ai sensi della sez. 49 (3) del *Supreme Court Act 1981*, la Corte dovrà procedere non tenendo in considerazione l'eventualità della sanzione penale, a meno che non vi siano forti probabilità di conclusione con una condanna del processo penale: così Law Commission, *Report*, cit., per analogia con la soluzione indicata per l'ipotesi di concorso con il procedimento disciplinare in *Thompson v MPC* [1997] 3 WLR 403.

Altra questione connessa è quella se nel caso in cui, conclusosi il processo penale con sentenza di assoluzione, sia consentito al giudice civile discutere nel merito la scelta operata in sede penale e procedere eventualmente ad irrogare una "punizione" in sede civile. Si ritiene che anche in tale ipotesi il giudice civile debba procedere con particolare cautela per fondamentali esigenze di giustizia: cfr. WILBY, BENNETT, *The Law of Damages*, cit., 44.

La soluzione per la quale la precedente celebrazione del processo penale, a prescindere dalla sua conclusione con condanna od assoluzione dell'imputato, dia luogo ad assoluta preclusione di una condanna al risarcimento esemplare in sede civile è, come detto, la regola adottata in Nuova Zelanda: *Daniels v Thompson* [1998] 3 NZLR 22; sul punto v. WILSHIRE, *Double Jeopardy: Exemplary Damages and Criminal Proceedings*, *Auckland University Law Review*, 2000 – 2003, 177.

Nel caso, già citato in precedenza, *Devenish Nutrition Ltd v Sanofi-Aventis SA and others* [2008] 2 W.L.R. 637, si è posta, invece, la questione simile della compatibilità tra sanzione amministrativa (irrogata dalla Commissione europea per violazione della normativa antitrust di origine comunitaria) e il risarcimento esemplare: il rischio di irrogazione di doppia sanzione pecuniaria fu considerato tra i fattori decisivi per rigettare la domanda attrice volta ad ottenere un risarcimento esemplare. Sul caso v. le osservazioni formulate in precedenza in nota. Con riferimento ai rapporti tra procedimento amministrativo e risarcimento esemplare v. anche *Travel Group Plc (In Liquidation) v Cardiff City Transport Services Limited* [2012] CAT 19.

Problemi di sovrapposizione possono insorgere anche con riferimento ad illeciti civili suscettibili di rilevare anche in sede disciplinare. Con riferimento a tali situazioni in *Thompson v MPC* [1997] 3 WLR 403 è stato affermato che il giudice potrà tenerne conto «where there is clear evidence that such proceedings are intended to be taken in the event of liability being established and that there is at least a strong possibility of the proceedings succeeding»; in *KD v Chief Constable of Hampshire, John Hull* [2005] EWHC 2550 la Corte ha rigettato domanda di danni esemplari provenienti da una donna vittima di molestie sessuali durante un arresto in considerazione del fatto che nel corso di un procedimento disciplinare l'autore era già stato sanzionato. Ad ogni modo, non potrà non tenersi conto in questo caso, stante la diversa natura del procedimento disciplinare rispetto a quello penale, degli interessi coinvolti, e delle sanzioni applicabili nei due tipi di procedimenti, della natura e dell'efficacia del singolo procedimento disciplinare applicabile alla fattispecie: cfr. LAW COMMISSION, *Report*, cit., 69, che sottolinea come le possibili conseguenze scaturenti da un procedimento disciplinare possono variare notevolmente, a seconda del procedimento e dei poteri attribuiti all'organo deputato alla sua amministrazione, potendo anche risultare particolarmente gravose, come ad esempio nel caso di procedimenti innanzi agli ordinari

d) la buona fede del convenuto. La buona fede dell'autore della condotta illecita è suscettibile di venire in considerazione come fattore rilevante al fine di escludere il risarcimento esemplare quasi esclusivamente in casi ricadenti nel perimetro della prima categoria. Come già rilevato nei paragrafi precedenti, allorché le categorie sono state oggetto di specifica analisi, mentre la seconda categoria richiede un atteggiamento psicologico in capo al danneggiante incompatibile con l'ignoranza di ledere l'altrui diritto con la propria condotta, tale circostanza può, invece, verificarsi in fattispecie rientranti nella prima categoria, ove la violazione dei diritti di parte attrice è suscettibile di essere perpetrata dall'autore nella convinzione della perfetta liceità della propria condotta. Se non mancano esempi in cui la buona fede in capo al convenuto non ha escluso la liquidazione in favore di parte attrice di una somma a titolo esemplare – l'esempio più famoso ricorre nel caso *Huckle v Money*²¹³ che ha dato i natali all'istituto in esame – tale circostanza è considerata particolarmente rilevante nel giudizio sulla domanda di risarcimento esemplare, militando fortemente a favore del suo rigetto.²¹⁴

e) La presenza di una molteplicità di attori (attuali o potenziali).²¹⁵ Nel caso *A B v South West Water Services*²¹⁶ la presenza di una molteplicità di attori fu considerata una valida ragione per escludere il risarcimento esemplare, date le difficoltà che in un caso del genere si pongono con riferimento al calcolo della somma appropriata a realizzare l'effetto punitivo e deterrente nei confronti di parte convenuta e alla sua divisione tra i vari danneggiati. È evidente che maggiore è il numero dei soggetti danneggiati, maggiori saranno le difficoltà nel calcolo del risarcimento. Ad ogni modo, la presenza di una molteplicità di attori, attuali o potenziali, non rappresenta una assoluta preclusione nei confronti di un risarcimento punitivo.²¹⁷

professionali che possono sfociare anche nella radiazione dall'albo con conseguente perdita dell'abilitazione all'esercizio della professione.

²¹³ (1763) 2 Wil's KB 205.

²¹⁴ WILBY, BENNETT, *The Law of Damages*, cit., 43; v. anche WILCOX, op. ult. cit., 31 – 32, ed i casi ivi citati. Sul punto si rinvia alle considerazioni di cui al paragrafo 3 del presente capitolo.

²¹⁵ La questione della fattispecie che involgono *mass torts* e che come tali presentano la caratteristica di un gran numero di danneggiati-attori (attuali o potenziali) ha ricevuto particolare attenzione nell'ordinamento statunitense, per il quale si rinvia al capitolo successivo.

²¹⁶ [1993] Q.B. 507, in particolare 527 per Stuart-Smith L.J.; nel caso in parola le parti in giudizio erano 180 consumatori danneggiati dalla Società incaricata della distribuzione d'acqua convenuta, colpevole del mancato avviso in ordine alla contaminazione dell'acqua che la stessa forniva nella zona interessata.

²¹⁷ Cfr. WILBY, BENNETT, op. cit., 44. Nel caso *Riches v News Group Newspapers Ltd* [1986] Q.B. 256 la Court of Appeal, nell'accordare una somma a titolo esemplare in un caso di diffamazione a mezzo stampa in danno dei dieci attori in giudizio, ha dettato alcuni criteri validi per procedere alla liquidazione dei danni esemplari in presenza, appunto, di molteplici attori: sarà necessario valutare se l'ammontare complessivo delle somme accordate in favore di ciascun attore a titolo compensativo sia già sufficiente a punire il convenuto; qualora a tale quesito venga data risposta negativa, al risarcimento compensativo complessivo andrà aggiunta una somma che sia tale per cui il totale rappresenti una adeguata punizione nei confronti di parte convenuta; infine tale ammontare andrà diviso equamente tra le parti attrici.

Accanto ai fattori già citati, andranno ad influenzare la discrezionalità del giudice tutte le altre circostanze del caso; tra di esse, ad esempio, la condotta provocatoria di parte attrice può valere a seconda dei casi ad escludere il risarcimento punitivo ovvero può operare nel senso di una sua riduzione.²¹⁸

5. Ulteriori limitazioni incidenti sull'*an* del risarcimento esemplare

Una volta rimosso il *cause of action test* per opera della sentenza *Kuddus v Chief Constable of Leicestershire*, sono venute meno quelle limitazioni al risarcimento esemplare fondate sulla specifica *causa petendi* dell'azione²¹⁹.

Per tali ragioni, deve considerarsi aperta la questione della ammissibilità della condanna al risarcimento esemplare nell'ipotesi in cui sia azionato il *tort* di *negligence*, anche se al momento non sussiste nessuna *authority* in tal senso. È evidente che, dati i limiti sostanziali cui il risarcimento esemplare è sottoposto nell'ambito dell'ordinamento inglese e considerato che, comunque, la condotta in grado di attirare su di sé una condanna esemplare richiede in generale un elemento psichico ben distante dalla semplice negligenza, saranno rare, ma comunque possibili, le fattispecie²²⁰ nelle quali, pur essendo azionato il *tort* di *negligence*, la condotta illecita sia intenzionale o quantomeno si caratterizzi per la deliberata assunzione di un rischio con indifferenza per le conseguenze

²¹⁸ Cfr. *Thompson v Commissioner of Police of The metropolis and Hsu v. Commissioner of Police of The metropolis*, [1998] Q.B. 498, 517: «any improper conduct of which they find him guilty can reduce or even eliminate any award of aggravated or exemplary damages if the jury consider that this conduct caused or contributed to the behaviour complained of». Cfr. *McGregor on Damages*, cit., 387; WILCOX, op. ult. cit., 30 – 31. Non ha, invece, rilevanza alcuna la circostanza che il danneggiato abbia gravi precedenti penali e che, dunque, sia considerato un pericoloso criminale: *Treadaway v Chief Constable of West Midlands Police* (1994) Times, October 25.

²¹⁹ Come anticipato nel primo paragrafo, l'effetto della pronuncia di cui al caso *A.B. v. South West Water Services Ltd.* [1993] Q.B. 507 era stato quello di cristallizzare lo stato dell'arte in materia di danni esemplari, precludendo l'accesso al rimedio per tutti quei *torts* per i quali esso non fosse già consentito prima del 1964. Ciò significò la esclusione del risarcimento esemplare tanto per i *torts* per i quali non sussistesse un precedente in tal senso prima del 1964 tanto per quei *torts* sviluppatisi successivamente a quella data. Per avere un'idea della portata della limitazione, sulla base del criterio predetto restavano esclusi dall'ambito di applicabilità del risarcimento esemplare, ad esempio, i *torts* che si sostanziassero nella violazione delle disposizioni legislative in materia di discriminazione, *public nuisance*, *negligence*, *deceit*, violazioni di diritti di proprietà intellettuale.

²²⁰ A tal proposito, WILBY, BENNETT, *The Law of damages*, cit., 36 – 37, suggeriscono i seguenti due esempi: l'ipotesi in cui un produttore ometta di ritirare dal mercato dei prodotti che egli sa essere difettosi e in quanto tali potenzialmente dannosi, sulla base di un calcolo che i costi di ritiro sarebbero più alti rispetto a quelli associati al risarcimento del danno arrecato agli eventuali consumatori danneggiati; tale ipotesi sarebbe suscettibile di rientrare nella seconda categoria; l'altro esempio è quello di un'Autorità Pubblica che tratti determinati interessi dei cittadini di fondamentale rilevanza, si pensi a quanto avviene con quelle Autorità pubbliche che si occupano della protezione dell'infanzia, con totale disinteresse: la condotta potrebbe assumere i connotati di oppressività ed arbitrarietà tali da farla rientrare nell'ambito della prima categoria.

dannose possibili o probabili²²¹. L'inclusione del *tort di negligence* nel novero di quelli in grado di dar corso al rimedio esemplare determinerebbe l'ampliamento delle potenzialità dell'istituto, specialmente nell'ambito della protezione dei consumatori, anche eventualmente incentivando l'utilizzazione di forme di tutela collettiva. La soluzione positiva è accolta dalla Law Commission nel già citato *Report on aggravated, exemplary and restitutionary damages*²²².

Pare potersi affermare la sussistenza di una regola che esclude il rimedio del risarcimento esemplare in tutte le ipotesi in cui la condotta illecita oggetto dell'azione giudiziale si sostanzia nella violazione dello *Human Rights Act*. Ed infatti, ogniqualvolta la giurisprudenza è stata chiamata a pronunciarsi sulla questione ha sempre negato la ammissibilità del risarcimento esemplare in ragione del seguente argomento: la Convenzione Europea per la Salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ha dato vita ad un sistema di

²²¹ Il riferimento è a quello stato soggettivo denominato *recklessness*, che, in sintesi, si sostanzia nella deliberata assunzione di un rischio delle cui conseguenze possibili in termini dannosi l'agente sia consapevole o rispetto alle quali egli si comporti in modo del tutto indifferente.

²²² Altra questione è quella relativa allo *standard* psichico necessario ai fini della condanna esemplare. Una volta che si ammetta che anche il *tort di negligence* possa dar luogo a condanna punitiva e poiché in genere in esso la condotta illecita non denota, dal punto di vista psichico, l'intenzione del soggetto di arrecare un danno, quanto il semplice fallimento nel conformarsi allo *standard* di diligenza richiesto dall'ordinamento, è necessario porre degli argini, al fine di evitare che sotto la mannaia della punizione civile possano cadere delle condotte che non soddisfino il necessario grado di colpevolezza che le renda meritevoli di punizione civile. Il grosso della questione si gioca intorno a quello stato mentale definito come *gross negligence* ed alla sua distinzione rispetto, da una parte, alla pura e semplice negligenza e, dall'altra, a quello stato mentale definibile come *conscious reckless*. La distinzione tra *gross negligence* e *conscious reckless* riposa su quella tra *advertent* ed *inadvertent behaviour* e, cioè, tra la condotta che, in qualche modo, sia riconducibile alla consapevole scelta dell'agente, sia in termini di intenzione sia in termini di assunzione di rischio del tutto indifferente rispetto alle conseguenze possibili o probabili, e quella che seppur caratterizzandosi per una crassa dipartita dalle regole ordinarie di diligenza non possa essere ricondotta alla sfera volitiva dell'agente nemmeno in termini di consapevole assunzione di rischio. Inutile dire che nel campo pratico la linea di separazione può risultare particolarmente difficile da tracciare. Ad ogni modo, la soluzione proposta dalla Law Commission lascia fuori la condotta animata da *gross negligence* dal novero di quelle in grado di dar luogo a risarcimento esemplare. Opposta sul punto la scelta operata nelle altre giurisdizioni di *common law* ed, ora, avallata anche dal Privy Council in *A v Bottrill (New Zealand)* [2002] UKPC 44; sul punto cfr. WILBY, BENNETT, op. ult. cit., 39; la tematica verrà riproposta ed approfondita nel capitolo riguardante il diritto statunitense. È interessante notare l'argomentazione utilizzata dal Privy Council nel citato *A v Bottrill* per giustificare la predetta soluzione sul punto: secondo i giudici del Supremo Collegio, in mancanza di un comportamento comunque riconducibile alla intenzione del soggetto o alla assunzione di un rischio da sua parte a costo delle conseguenze (elementi questi che denotano uno *standard* psichico riconducibile al dolo, diretto o eventuale), la possibilità di ricorso al rimedio esemplare in casi di *gross negligence* (colpa gravissima, diremmo noi) si giustifica quando la condotta in sé sia comunque talmente oltraggiosa che si richiede una sua condanna da parte della collettività (*A v Bottrill (New Zealand)* [2002] UKPC 44, «*the essence of exemplary damages is condemnation of reprehensible wrongdoing which is totally unacceptable to the community. Cases of inadvertent negligence should not be put beyond the reach of exemplary damages*»): sembra ritornare come un *leitmotiv* il riferimento, quale fondamento del danno esemplare, alla esigenza della collettività di reazione tramite i suoi strumenti più incisivi a fronte di offese a beni giuridici di carattere primario e che come tali si caratterizzino come intollerabili.

tutela dei diritti fondamentali presidiato da un particolare apparato rimediale ed amministrato da una apposita Corte di Giustizia. Lo *Human Rights Act* 1998 costituisce il recepimento all'interno dell'ordinamento inglese di quei principi e diritti contenuti all'interno della Convenzione e il giudice interno è obbligato ad una sua interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte EDU. Poiché il risarcimento esemplare non è parte dell'apparato rimediale utilizzato dalla Corte Europea sarebbe iniquo accordarlo a livello interno nei confronti delle violazioni dello *Human Rights Act*, venendosi così a creare un sistema interno di tutela entro il quale le medesime violazioni riceverebbero un trattamento diverso rispetto a quello della Corte EDU.²²³

Anche con riferimento ai cd. *equitable wrongs*²²⁴, pare²²⁵ sussista una regola che esclude il rimedio del risarcimento esemplare.

²²³ La posizione esplicitata nel testo è stata sposata dalla giurisprudenza in varie pronunce concernenti violazioni dello *Human Rights Act* 1998, v. da ultimo *Watkins v Secretary of State for the Home Department and others* [2006] 2 W.L.R. 807, concernente la violazione del diritto del detenuto alla segretezza della corrispondenza con il proprio legale, protetto dagli artt. 6 e 8 della CedU; tale posizione ha ricevuto applicazione nel noto caso *Mosley v News Group Newspapers Limited* 2008 WL 2872466, nel quale veniva in considerazione il *breach of privacy* di cui all'art. 8 della CEDU, perpetrato a mezzo stampa. Non ci si può qui esimere dal rilevare come la posizione assunta dalla giurisprudenza inglese appaia quantomeno singolare. Ed infatti, ai diritti contenuti nello *Human Rights Act*, diritti fondamentali di rango costituzionale, viene negato l'accesso ad un rimedio come il risarcimento esemplare, costantemente proclamato come *extrema ratio* da parte della giurisprudenza inglese e che, proprio per questa sua caratteristica, potrebbe trovare solida giustificazione proprio in ragione della natura dei diritti della cui violazione si tratta. Alla base di tale scelta si colloca il classico atteggiamento formalistico che la giurisprudenza inglese costantemente adotta nei confronti dell'istituto: il rifiuto di estensione dello stesso in aree nelle quali manchi la copertura di precedenti che sanciscano la legittimità del ricorso allo stesso, insieme con una sorta di volontà implicita dei giudici di non mettere mano in qualsiasi modo allo *status quo*. Secondo tale ragionamento, i danni esemplari fanno parte dell'apparato rimediale del common law inglese e ciò è sancito dai precedenti, non si può che sopportarli con riferimento a quei *torts* per i quali sussiste una robusta legittimazione precedenziale all'uso degli stessi, ma cercando di confinarne il più possibile l'ambito applicativo.

²²⁴ V. BURROWS, *Understanding the Law of Obligations*, Londra, 1998, 14: i cd. *equitable wrongs*, cioè *breach of fiduciary duty* (compreso il *breach of trust*), *breach of confidence* nonché la disonesta cooperazione nel *breach of fiduciary duty*, sono analoghi ai *torts* ma ne differiscono in ragione della loro derivazione dalla vecchia giurisdizione di *equity*.

²²⁵ Questa è la regola che sembra potersi ricavare dal già citato caso *Mosley*, nel quale la Queen's Bench Division ha negato che il *breach of confidence*, in quanto *equitable wrong*, potesse dar luogo ad una condanna al risarcimento esemplare, sul presupposto della inammissibilità in *equity* del rimedio; allo stesso modo la Corte ha negato che il risarcimento esemplare fosse ammissibile con riferimento all'azione per *breach of privacy*, in virtù del fatto che esso non sarebbe in realtà qualificabile come *tort* in quanto ha avuto origine e si è sviluppato a partire dal *breach of confidence*, di cui condividerebbe, appunto, la natura equitativa. Come suggerito da HARDER, *Measuring damages*, cit., 280 ss. la questione della ammissibilità o meno dipende dalla possibilità di riconoscere alla punizione civile cittadinanza tra gli scopi tradizionali perseguiti dall'*equity*. Quel che appare chiaro è che di certo non può escludersi che rimedi equitativi, come *l'account of profits*, determinino un effetto di deterrenza. La Law Commission, favorevole alla estensione del rimedio agli *equitable wrongs*, fa notare come una diversa conclusione non farebbe che perpetrare la distinzione tra *common law* ed *equity* ormai abolita: *Report*, cit., 111. La soluzione positiva è stata accolta in tutti gli altri paesi di *common law*, ad eccezione dell'Australia: v. a tal proposito la giurisprudenza relativa a questi paesi citata in Law Commission, *Report*, cit., 110, nt. 588.

La regola preclusiva vigente per il *breach of contract*. Per quel che riguarda l'illecito contrattuale vige la regola che esclude il risarcimento esemplare dall'arsenale dei rimedi disponibili al danneggiato. Su tale punto il diritto inglese si allinea perfettamente con gli altri ordinamenti di *common law*, fatta eccezione per il Canada²²⁶.

Il *leading case* inglese in materia è *Addis v Gramophone Co Ltd*²²⁷, nel quale fu negato che la condotta del datore di lavoro che aveva licenziato il lavoratore con modalità particolarmente umilianti per quest'ultimo potesse giustificare un risarcimento con connotazioni punitive. La regola in parola è stata seguita e confermata in successivi casi giurisprudenziali²²⁸ né mai più posta in discussione dalla giurisprudenza.

Alcuni Autori²²⁹ suggeriscono, però, che il superamento potrebbe essere dietro l'angolo, basando tale pronostico su tre fattori: i) il definitivo superamento del *cause of action test* per effetto del caso *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire*²³⁰; ii) la ammissione del rimedio restitutorio della retroversione degli utili nell'alveo dei rimedi disponibili, seppur in via eccezionale, contro il *breach of contract*, operata dalla *House of Lords* in *Attorney General v Blake*;²³¹ iii) il *revirement* canadese a seguito del quale il rimedio del danno punitivo è stato definitivamente esteso all'illecito contrattuale.

Nel caso *Blake* per la prima volta la *House of Lords* ha riconosciuto al *breach of contract* la idoneità a costituire il presupposto di un *account of profits*, e cioè della retroversione del profitto che il convenuto abbia ricavato per effetto del proprio inadempimento²³².

²²⁶ In Canada la soluzione favorevole ai danni punitivi per *breach of contract* è stata adottata a partire dal caso *Whiten v. Pilot Insurance Co.* 2002 SCC 18 e confermata nei successivi casi *Fidler v. Sun Life Assurance Co. of Canada* 2006 SCC 30 e *Honda Canada Inc. v. Keays* 2008 SCC 39.

²²⁷ [1909] AC 488 (HL).

²²⁸ *Perera v Vandiyar* [1953] 1 WLR 672; *Kenny v Preen* [1963] 1 QB 499; *McMillan v Singh* (1985) 17 HLR 120. Tutti e tre i casi citati riguardano l'ambito dei rapporti *landlord/tenant*, venendo in considerazione in essi l'illecito contrattuale consistente nel *breach of covenant of quiet enjoyment* da parte del primo ed in danno del secondo. Come si ricorderà dalla trattazione di cui al par. 3, si tratta di un'area del contenzioso civile che ha dato luogo di frequente a risarcimenti esemplari. Non ci si può, dunque, esimere dal rilevare come il diniego del rimedio del danno esemplare in situazioni fattuali siffatte nelle quali, comunque, viene in considerazione una condotta molestatrice del possesso del *tenant*, soltanto in virtù della diversa qualificazione della condotta illecita, appare frutto di eccessivo formalismo.

²²⁹ BURROWS, *Remedies for torts and breach of contract*, cit., 409 – 410; HARDER, *Measuring damages*, cit., 261.

²³⁰ (2002) AC 122.

²³¹ [2001] 1 A.C. 268.

²³² La pronuncia ha avuto ampia risonanza nell'intero universo di *common law*, probabilmente anche per l'eccezionalità dei fatti di causa: il convenuto, George Blake, agente dei servizi segreti britannici, aveva rivelato informazioni segrete apprese per causa di servizio alla Russia e, per tali ragioni, era stato condannato nel 1961 a 42 anni di carcere, pena cui si era sottratto riparando in Russia. Nel 1989 Blake scrisse e pubblicò una autobiografia contenente informazioni che egli aveva appreso durante la propria permanenza come agente presso i servizi segreti inglesi. Il Governo inglese, in persona del Procuratore generale della Corona, agì per ottenere la retroversione a proprio favore delle *royalties* legate alla pubblicazione del libro. Nell'impossibilità

La portata innovativa della pronuncia può essere facilmente rilevata se si tiene conto della seguente circostanza: la retroversione degli utili (cd. *account of profit*) non costituisce rimedio di carattere generale all'interno dell'ordinamento inglese; essa è tradizionalmente legato al diritto di *equity* ed è, dunque, con riferimento agli illeciti equitativi che ne è pacificamente ammesso l'utilizzo²³³. È solo di recente che la giurisprudenza ne ha allargato la esperibilità con riferimento agli illeciti di *common law* (*tort* e *breach of contract*) ma solo per fattispecie che si caratterizzino per la loro eccezionalità²³⁴.

La rilevanza del rimedio in parola con riferimento all'istituto che è oggetto del presente lavoro deriva dalla circostanza che il suo fondamento giustificativo è da rinvenirsi nell'obiettivo di deterrenza: tale obiettivo figura, come detto più volte, a proposito di quelle che più comunemente sono invocate tra le principali finalità perseguite dal danno esemplare; l'apertura della giurisprudenza verso il rimedio predetto potrebbe preludere ad una ammissione del risarcimento esemplare nell'alveo dei rimedi esperibili contro il *breach of contract*.

6. Il *quantum* del risarcimento esemplare

di accogliere la originaria domanda volta ad ottenere il rimedio in parola per la violazione di un asserito dovere fiduciario di Blake nei confronti della Corona (che fu riconosciuto insussistente, giacché le informazioni rivelate nella autobiografie, pur essendo state apprese da Blake nel corso del servizio presso il SIS, non erano più coperte da segreto al tempo della pubblicazione), la Court of Appeal suggerì all'Attorney General di chiedere il rimedio in parola mutando la *causa petendi*: non la violazione del dovere fiduciario ma il *breach* di un espresso accordo di non divulgazione senza consenso previo della Corona di qualsiasi informazione appresa nel corso del servizio che Blake aveva firmato all'atto dell'assunzione dell'incarico. Fu tale linea argomentativa che consentì alla Corona di vincere innanzi alla House of Lords, incassando una consistente cifra, e a quest'ultima di sancire l'ammissibilità dell'*account of profits* quale rimedio per quegli illeciti contrattuali che siano perpetrati in circostanze eccezionali, nelle quali i normali rimedi del risarcimento del danno o della inibitoria si rivelino inadeguati e le esigenze contingenti di giustizia impongano alla Corte di concedere il rimedio in questione in via discrezionale. La questione di quali circostanze in concreto debbano considerarsi eccezionali rimane aperta, essendo chiaro che quelle sussistenti in Blake più che eccezionali appaiono straordinarie e, dunque, difficilmente soggette a ripetizione. Non può, qui, non osservarsi incidentalmente come il medesimo risultato sarebbe stato raggiungibile utilizzando lo strumento del danno esemplare, tanto più di fronte ad una fattispecie concreta nella quale la condotta del convenuto chiaramente avrebbe giustificato un intervento punitivo, caratterizzandosi per la sua potenzialità altamente lesiva nei confronti di interessi collettivi particolarmente rilevanti. Sul caso in questione e sui suoi legami con il *law of restitution* cfr. SERIO, *Il ricorso alle legal categories nell'esperienza del diritto privato inglese*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2011, 511 ss., 516 – 518.

²³³ Ed infatti, il suo utilizzo è altresì pacificamente ammesso con riferimento a quei *torts* legati alla violazione dei diritti di proprietà intellettuale che, come è noto, trovano radicamento nel diritto di *equity*: cfr. WILBY, BENNETT, *The law of damages*, cit., 50.

²³⁴ Cfr. ROTHERHAM, *Deterrence as a Justification for Awarding Accounts of Profits*, OJLS, 2012, 537 ss., il quale segnala a tal proposito le pronunce *Forsyth-Grant v Allen* [2008] EWCA Civ 505 e *Devenish Nutrition Ltd v Sanofi-Aventis SA* [2008] EWCA Civ 1086 nelle quali la domanda volta ad ottenere il predetto rimedio è stata rigettata dalla Corte per il difetto di circostanze eccezionali.

Come anticipato nel paragrafo precedente, nella *opinion* di cui al caso *Rookes v Barnard*, Lord Devlin formulò tre considerazioni atte a guidare la discrezionalità nel giudizio in materia di danni esemplari. Della prima, specificamente attinente all'*an* del risarcimento punitivo, si è già detto, delle altre due²³⁵ si darà conto di seguito, unitamente ai principali altri fattori deputati ad orientare il giudice (o la giuria) nelle operazioni di liquidazione del *quantum* del danno esemplare.²³⁶

a) Il canone di moderazione. Come si ricorderà dal precedente paragrafo, intanto la domanda avente ad oggetto una somma a titolo esemplare potrà trovare accoglimento soltanto se essa superi il cosiddetto “*if but only if*” test, che esprime l’esigenza che tale voce risarcitoria si configuri come *extrema ratio*. Accanto a tale indicazione, Lord Devlin esorta giudici e giurie future alla moderazione nella liquidazione di tali risarcimenti, esprimendo particolare preoccupazione con riferimento allo scarso *restraint* dimostrato dalle giurie.²³⁷ L’istituto oggetto del presente studio ha, in effetti, attratto numerose critiche sul versante della misura dei risarcimenti accordati accusati di essere imprevedibili ed incontrollabili, soprattutto nelle frequenti ipotesi in cui la liquidazione del loro ammontare spetti alle giurie²³⁸. Va detto, infatti, che nonostante i giudizi civili che contemplino il ruolo della giuria rappresentino una minoranza dei processi civili inglesi, se si considera lo specifico campo dei danni esemplari l’affermazione in parola cessa di essere vera. Ed infatti, ai sensi della *section 69* del *Senior Courts Act 1981* quando la causa riguarda alternativamente i *torts* di *libel*, *slander*, *malicious prosecution* o *false imprisonment* o coinvolga un’accusa di frode nei confronti del convenuto ciascuna delle parti può ottenere che il processo sia celebrato in presenza della giuria: se la Corte riscontra che effettivamente uno dei *torts* enunciati appartiene all’oggetto del giudizio deve ordinare che il processo si svolga con tale rito, avendo l’istante un diritto

²³⁵ Si tratta dell’esortazione alla moderazione e del patrimonio delle parti.

²³⁶ L’elencazione che segue non è in alcun modo esaustiva, proponendosi di passare in rassegna soltanto i principali criteri utilizzati in giurisprudenza. La maggior parte dei criteri elencati allorché si è fatto riferimento ai fattori che guidano la discrezionalità del giudice con riferimento all'*an* del risarcimento esemplare vanno tenuti in considerazione anche nelle operazioni di liquidazione dello stesso. A ciò si aggiunga che il giudice è sempre libero di tenere in considerazione tutte le altre circostanze che emergono dal caso concreto oggetto del giudizio.

²³⁷ Cfr. *Rookes v Barnard* [1964] A.C. 1129, 1227: «*the power to award exemplary damages constitutes a weapon that, while it can be used in defence of liberty (...) can also be used against liberty. Some of the awards that juries have made in the past seem to me to amount to a greater punishment than would be likely to be incurred if the conduct were criminal; and, moreover, a punishment imposed without the safeguard which the criminal law gives to an offender. I should not allow the respect which is traditionally paid to an assessment of damages by a jury to prevent me from seeing that the weapon is used with restraint*».

²³⁸ Cfr. LAW COMMISSION, *Report*, cit., 72; DEAKIN, JOHNSTON, MARKESINIS, *Markesinis and Deakin’s Law of torts*, cit., 806 ss., con particolare riferimento al settore della diffamazione a mezzo stampa.

Non è un caso che, invece, nel settore delle *wrongful evictions*, affidate alla cognizione dei giudici togati, i risarcimenti raggiungano somme abbastanza modeste: si vedano i casi citati in WILCOX, *Punitive Damages in England*, op. cit., 42 – 43.

perfetto al *trial by jury*, e potendo la Corte rigettare la richiesta solo qualora la causa richieda un diffuso esame documentale o degli esperimenti probatori a carattere tecnico-scientifico che rendano inadeguata la presenza della giuria.²³⁹ Dato che i *tort* enunciati sono tra quelli per i quali più frequentemente è formulata domanda di risarcimento esemplare non è rara l'evenienza che i risarcimenti esemplari vengano liquidati dalle giurie.

Lo stato dell'arte descritto è stato, tra l'altro, recentissimamente modificato per opera del *Defamation Act 2013*²⁴⁰, che ha espunto dal testo della sez. 69 del *Senior Court Act 1981* il riferimento ai *torts* di *libel* e *slander*, eliminando così per le cause in materia di diffamazione la presunzione legislativa in favore del *trial by jury*.

Proprio la rilevante entità economica dei risarcimenti esemplari liquidati nei processi con giuria, unita all'atteggiamento particolarmente cauto della Court of Appeal nell'intervenire sulle scelte operate da queste ultime nel segreto della camera di consiglio, nel rispetto del ruolo affidato al giudice popolare che è ritenuto avere natura costituzionale²⁴¹, e complice anche lo scarso armamentario di poteri utilizzabili dagli stessi giudici di secondo grado per incidere sui risarcimenti liquidati dalle prime²⁴², ha spinto tanto il legislatore quanto la giurisprudenza ad intervenire in modo sempre più incisivo per porre un freno al lievitare dei risarcimenti.

Ed infatti, nel 1990 il Parlamento è intervenuto nella materia del controllo in sede di appello dei verdeti emessi dalle giurie, conferendo per la prima volta al giudice di secondo grado il potere di modificare il *quantum* liquidato dalla giuria

²³⁹ Per i restanti processi civili, ai sensi della sez. 69 (3) vige la regola esattamente opposta: essi verranno celebrati senza la presenza della giuria, salva la facoltà del giudice di ordinare la loro celebrazione alla presenza di quest'ultima; la scelta discrezionale in favore del *trial by jury* non è praticamente quasi mai esercitata e la Court of Appeal in *Ward v James* [1966] 1 QB 273 CA ha stabilito che nei casi riguardanti *personal injuries* il processo con giuria sarebbe stato per il futuro disposto solo in casi eccezionali; sul punto v. più diffusamente *McGregor on Damages*, cit., 1620 – 1621, in particolare nt. 5. Disposizione analoga si riscontra alla *section 66* del *County Courts Act 1984*.

²⁴⁰ Sez. 11, che va a modificare nel senso di cui si è detto sia la sez. 69 (2) del *Senior Courts Act*, sia la sez. 66 (3) del *County Courts Act 1984*. Le predette disposizioni nel momento in cui si scrive non sono ancora entrate in vigore, ai sensi della sez. 17 che rinvia la data di entrata in vigore del Provvedimento legislativo ad un successivo intervento normativo del Segretario di Stato; è comunque previsto, ai sensi della sez. 16 (7) che le disposizioni citate non avranno effetto nei confronti dei processi già in corso al momento della loro entrata in vigore.

²⁴¹ Cfr. sul punto l'opinione di Lord Hailsham of St. Marylebone L.C. in *Broome v. Cassell & Co. Ltd.* [1972] A.C. 1027, 1065-1066.

²⁴² A tal proposito, in *Broome v. Cassell & Co. Ltd.* [1972] A.C. 1027, 1087 Lord Reid si duole della mancanza di effettivi strumenti di appello contro la sentenza che recepisca il verdetto della giuria, affermando che tutto ciò che la Corte possa fare in sede d'appello è annullare la decisione della giuria qualora si convinca che il risarcimento punitivo ammonti ad una somma superiore rispetto a quella che dodici uomini ragionevoli avrebbero potuto accordare nelle medesime circostanze: non potendo la Corte a quel tempo sostituire la somma che ritenesse appropriata a quella liquidata dalla giuria tutto ciò che era in suo potere era annullare il processo e rimettere la questione al giudizio di una nuova giuria col rischio che questa condannasse il convenuto ad una somma ancora maggiore.

piuttosto che ordinare la celebrazione di un nuovo processo²⁴³. In tal modo, per la prima volta, è stato consentito ai giudici d'appello – fino ad allora costretti ad ordinare un nuovo processo, spesso avente ad oggetto solo la questione del risarcimento, ovvero a lasciare invariato il verdetto che pure apparisse eccessivo in punto di ammontare risarcitorio accordato, per evitare un ulteriore aggravio di costi per le parti, dei processi civili²⁴⁴ – di modificare il *quantum* del

²⁴³ Il riferimento è alla sez. 8(2) del *Courts and Legal Services Act 1990*:

«*Rules of court may provide for the Court of Appeal, in such classes of case as may be specified in the rules, to have power, in place of ordering a new trial, to substitute for the sum awarded by the jury such sum as appears to the court to be proper*»; in attuazione del quale la r. 52.10 (3), CPR 1998, stabilisce: «*In an appeal from a claim tried with a jury the Court of Appeal may, instead of ordering a new trial–*

(a) make an order for damages(GL) or

(b) vary an award of damages made by the jury».

Sulle condizioni alle quali è possibile per il giudice riformare il verdetto proveniente dalla giuria in punto di risarcimento accordato si rinvia a *McGregor on Damages*, cit., 1623.

²⁴⁴ Specialmente per quel che concerne i processi riguardanti la diffamazione a mezzo stampa, sul punto v. MORGAN, *Reforming Punitive Damages in English Law*, in Meurkens – Nordin (a cura di) *The Power of Punitive Damages. Is Europe missing out?*, Cambridge, 2012, 204 – 205, il quale sottolinea la natura punitiva che le spese di lite assumono nei confronti delle parti; per farsi un'idea delle cifre coinvolte si vedano i casi citati in DEAKIN, JOHNSTON, MARKESINIS, op. ult. cit., 807, nt. 288; dell'incidenza delle spese giudiziali si doleva già nel 1972 in *Broome v Cassell*, 1114 Lord Wilberforce: «*to my mind the strongest argument against it is that English law already contains a heavy, indeed exorbitant, punitive element in its costs system; contrast the United States where it is the absence of this (advocate's costs not being normally recoverable) which is invoked as a justification for punitive damages. One or other must clearly be reformed, and it is Parliament alone that can do it*». L'effetto potenzialmente punitivo e deterrente delle spese del giudizio, con specifico riferimento al campo della diffamazione a mezzo stampa, è riconosciuto anche dal Master of the Rolls Sir Thomas Bingham, che rese la opinione della Corte nel caso *John v MGN Ltd.* [1997] Q.B. 586, 619.

La disciplina delle spese di lite costituisce “punto dolente” del sistema processuale inglese, data l'alta incidenza dei costi associati al giudizio, specialmente in alcuni settori come quello della diffamazione a mezzo stampa che, come si è visto, riveste particolare interesse per il tema che qui specificamente ci occupa. Per avere qualche idea di cifre e percentuali che sono in discussione in questo specifica area del contenzioso civile cfr. HOWARTH, *The cost of libel actions: a sceptical note*, C.L.J., 2011, 397 ss.; sul punto v. anche House of Commons - Culture, Media and Sport Committee, *Press standards, privacy and libel, Second Report of Session 2009–10*, London, HMSO, 2010, 61 ss., ove vengono riferite cifre che appaiono a dir poco esorbitanti. Per tutte si considerino quelle relative al caso *Desmond v Bower* [2009] EWCA Civ 667, ivi riportate, del quale è riferito un ammontare totale di costi associati al processo nell'ordine di circa 1, 250,000.00 £ di sterline! Recentemente la questione è stata portata all'attenzione della Corte di Strasburgo, nel caso *MGN Ltd v United Kingdom* (39401/04), January 18, 2011 ECtHR. La Corte ha valutato il regime delle spese di lite vigente nel Regno Unito, ed in particolare quello dei cd. *conditional fee agreements* (accordi introdotti dall'*Access to Justice Act 1999* come strumento di finanziamento delle liti accessibile ai soggetti meno abbienti, nell'ottica della garanzia del diritto di accesso alla giustizia a chiunque, e basati sul principio “no win, no fee”). Sulla base degli stessi la parte in giudizio può convenire col proprio difensore che questi verrà pagato per i servizi offerti in giudizio solo nell'ipotesi di esito favorevole, con l'intesa, però, che se ciò avverrà egli potrà beneficiare di un *surplus* rispetto alla propria tariffa ordinaria che può arrivare anche al 100%. Naturalmente tale ammontare graverà sulle spalle del soccombente vigendo in Inghilterra la regola per cui costui è tenuto a rimborsare le spese al vincitore). Secondo la Corte EDU il regime vigente in Inghilterra ha determinato nel caso citato una violazione del diritto alla libertà di stampa e di espressione del ricorrente, la Mirror Group Newspapers Ltd., la quale riconosciuta responsabile di una violazione del diritto alla riservatezza nei confronti della nota top model Naomi Campbell, veniva condannata

risarcimento. Quanto riferito, pur riguardando in generale tutti i processi civili con giuria, ha un'incidenza particolarmente rilevante con riguardo alla materia che qui ci occupa. A seguito della modifica legislativa predetta, le Corti d'Appello hanno iniziato ad intervenire con sempre maggiore incidenza sui verdetti delle giurie in punto di risarcimento, compiendo un'opera di erosione del potere indiscusso di queste in intere aree del contenzioso civile, quale ad esempio quella della diffamazione a mezzo stampa. In particolare, le Corti d'Appello, acquisita sempre maggior consapevolezza della necessità di una guida incisiva da offrire alle giurie, al fine di pervenire ad un sufficiente grado di uniformità dei risarcimenti liquidati da queste così come già avveniva in settori del contenzioso affidati alla cognizione dei giudici togati, come ad esempio quello delle *personal injuries*²⁴⁵, hanno inteso anticipare l'intervento giudiziale ad un momento precedente l'emanazione stessa dei verdetti, offrendo una serie di linee guida ad uso futuro delle giurie e dei giudici che a queste debbano rivolgersi in sede di *summing up*.

Il processo in questione, è culminato in due casi giurisprudenziali di particolare interesse per l'istituto che qui specificamente ci occupa: *John v MGN Ltd.*²⁴⁶, in materia di diffamazione a mezzo stampa, e *Thompson v Commissioner of Police of the Metropolis and Hsu v. Same*²⁴⁷, riguardante degli abusi compiuti dalle forze di polizia a danno di cittadini e rientranti nella prima categoria.

a pagare alla stessa a titolo risarcitorio una somma pari a 3,500 £ e a rimborsare ai suoi avvocati, a titolo di spese del giudizio una somma superiore al milione di sterline (*Campbell v Mirror Group Newspapers Ltd* [2004] UKHL 22). La Corte ha appunto riconosciuto che, nelle circostanze del caso concreto, il bilanciamento tra la libertà di espressione ex art. 10 Cedu e la garanzia di accesso alla giustizia protetta dall'art. 6 Cedu risultava inadeguato, essendo sproporzionato il mezzo usato per la tutela della seconda e risultante esso eccessivamente gravoso a scapito della libertà di cui all'art. 10. Per un commento della decisione v. HARVEY, *MGN Ltd v United Kingdom* (39401/04): *legal advice and funding - defamation - access to justice - celebrities*, J.P.I. Law 2011, C101 ss.; SKINNER, *Freedom of expression, subsidiarity and "no win no fee" agreements: MGN Limited v United Kingdom*, E.H.R.L.R. 2011, 329 ss.; STEYN, ABBOTTS, *MGN Ltd v United Kingdom - ECHR condemns excessive success fees*, in *Ent. L.R.* 2011, 125 ss.

La questione, ad ogni modo, non riguarda soltanto l'area della diffamazione a mezzo stampa: v. per un'analisi approfondita *Review of Civil Litigation Costs: Final Report by Sir Rupert Jackson*, December 21, 2009 ("the Final Report"). Le riforme proposte nel Report citato hanno trovato implementazione nel recente *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012*, entrato in vigore l'1 aprile 2013, che ha rivisitato *funditus* il regime delle spese di lite e dei mezzi di accesso alla giustizia per i meno abbienti: per una prima analisi della disciplina v. RAMSEY, *Implementation of the costs reforms*, C.J.Q. 2013, 112 ss.; HURST, *The new costs rules and practice directions*, C.J.Q. 2013, 153 ss.

²⁴⁵ Quella del danno alla persona è, infatti, materia nella quale, proprio perché sottratta al processo con giuria, i risarcimenti hanno raggiunto un certo grado di prevedibilità, assestandosi su precise scale a seconda del tipo di lesione subita dal danneggiato. Ne sono testimonianza le pubblicazioni redatte ad uso di giudici ed avvocati per la stima dell'ammontare dei risarcimenti relativi a tale voce di danno, per tutte v. la pubblicazione curata dal JUDICIAL STUDIES BOARD e giunta ormai alla 11° edizione, pubblicata nel 2012: *Guidelines for the Assessment for General Damages in Personal Injuries*, Oxford, 2012.

²⁴⁶ [1997] Q.B. 586.

²⁴⁷ [1998] Q.B. 498. La sentenza riguarda due processi riuniti, entrambi concernenti abusi compiuti dalle forze dell'ordine nei confronti di privati cittadini.

Il primo dei due casi detta principi in grado di guidare le giurie nella liquidazione dei risarcimenti in materia di illeciti di diffamazione a mezzo stampa: con riferimento al risarcimento a titolo di compensazione²⁴⁸ (comprensivo dell'eventuale somma liquidata a titolo di *aggravated damages*), in sede di *summing up*, le giurie andranno orientate nella decisione sul *quantum* in base al riferimento a tre ordini di fattori: a) i risarcimenti che le Corti d'Appello abbiano confermato o modificato in secondo grado nell'esercizio del proprio potere ai sensi della sez. 69 riferita; b) le somme convenzionali stabilite per il risarcimento del danno morale (*pain and suffering*) che si accompagni al danno alla persona; c) l'ammontare chiesto dall'avvocato di parte attrice e da quello di parte convenuta, che potranno funzionare come delle indicazioni di massima sull'ammontare rispettivamente massimo e minimo che la somma in concreto liquidata potrà raggiungere²⁴⁹. Con riferimento, poi, specificamente al danno esemplare, la pronuncia si limita a ribadire quanto già affermato nei precedenti casi, e cioè la necessità che la somma accordata rappresenti il minimo

²⁴⁸ Appare, qui, opportuno riferire tali criteri, nonostante essi non riguardino specificamente l'istituto oggetto del presente studio, giacché vertendosi in tema di risarcimenti per la lesione dell'onore e della reputazione del soggetto a seguito della diffamazione operata ai suoi danni, si ritiene che sia difficile tracciare il discrimine tra la pura e semplice compensazione e l'elemento *lato sensu* punitivo che tali risarcimenti rivestono. Si ritiene cioè che in tali fattispecie il risarcimento accordato al danneggiato inglobi sempre una componente satisfattivo-punitiva e che la distinzione netta di quest'ultima dalla pura compensazione sia operazione se non impossibile, di particolare difficoltà nella pratica. A tal proposito non può che farsi riferimento al celebre passo tratto dalla opinione di Windeyer J. in *Uren v. John Fairfax & Sons Pty. Ltd.*, 117 C.L.R. 115, 150: «*It seems to me that, properly speaking, a man defamed does not get compensation for his damaged reputation. He gets damages because he was injured in his reputation, that is simply because he was publicly defamed. For this reason, compensation by damages operates in two ways—as a vindication of the plaintiff to the public and as consolation to him for a wrong done. Compensation is here a solatium rather than a momentary recompense for harm measurable in money*»; sulla stessa linea Lord Atkin in *Ley v Hamilton*, (1935) 153 L.T. 384, H.L., il quale nell'analizzare il criterio di calcolo dei risarcimenti in materia di diffamazione compreso il danno esemplare, afferma che tale calcolo non avviene «*by determining the 'real' damage and adding to that a sum by way of vindictive or punitive damages. It is precisely because the 'real' damage cannot be ascertained and established that the damages are at large. It is impossible to track the scandal, to know what quarters the poison may reach: it is impossible to weigh at all closely the compensation which will recompense a man or a woman for the insult offered or the pain of a false accusation. No doubt in newspaper libels juries take into account the vast circulations which are justly claimed in present times. The 'punitive' element is not something which is or can be added to some known factor which is non-punitive*».

A quanto detto si aggiunge il fatto che spesso il risarcimento viene liquidato in un'unica somma comprensiva di tutte le voci di compensazione e di quella esemplare, ma sul punto v. *infra* in questo paragrafo.

²⁴⁹ Tutti e tre i criteri dettati in *John v MNG* vengono fatti propri dalla Court of Appeal nel successivo caso *Thompson*, citato, e così espressamente estesi alle fattispecie di *police misconduct*. Con riferimento al ruolo demandato agli avvocati delle parti, essi vengono chiamati ad indicare un ammontare risarcitorio ritenuto equo con riferimento a tutte le circostanze del caso oggetto del giudizio. In *Thompson*, 515, si afferma l'opportunità che il dibattito in ordine alla “forbice editale” da suggerire nel *summing up* avvenga a porte chiuse, senza la presenza della giuria, soltanto tra giudice e avvocati.

necessario rispetto al fine di marcare la disapprovazione nei confronti della condotta e realizzare l'obiettivo di deterrenza che tale risarcimento persegue²⁵⁰. È nel secondo caso che l'intervento giudiziale si fa ancora più incisivo, giungendo la Court of Appeal a configurare fattispecie capaci di funzionare come strumento in grado di orientare l'arduo compito delle giurie nella scelta della somma da accordare. Per quel che concerne il danno esemplare²⁵¹, il giudice, nel dare indicazioni alla giuria, dovrebbe ricordarle che a) se il caso concreto appare richiedere lo strumento del risarcimento esemplare è difficile che la somma che venga in mente ai giurati ammonti a meno di sterline 5000: in caso contrario la giuria dovrebbe riflettere sulla reale esigenza di ricorrere al rimedio in parola nel caso concreto; b) un risarcimento di 25,000 sterline potrà essere accordato solo per condotte che si caratterizzino per la loro particolare odiosità che le renda particolarmente meritevoli di punizione; c) infine, un risarcimento di 50,000 sterline dovrebbe essere considerato come il tetto massimo raggiungibile, per offese che coinvolgano direttamente funzionari che rivestano un rango elevato nelle gerarchie delle forze di pubblica sicurezza.²⁵²

²⁵⁰ Nel caso *Miloslavsky v United Kingdom* (1995) 20 EHRR 442, la Corte EDU ha affermato che un risarcimento di eccessivo ammontare (1, 500,000 £ in *compensatory damages*) accordato nei confronti dell'autore di una pubblicazione diffamatoria lede la fondamentale libertà di espressione di cui all'art. 10 CEDU, a mente del quale il diritto dell'individuo ad esprimersi liberamente può trovare restrizione soltanto a condizione che i limiti siano previsti dalla legge e necessari in una società democratica. La Corte ha ritenuto che la misura eccessiva del risarcimento, in una con la mancanza di adeguati strumenti idonei a garantire il convenuto nei confronti di un risarcimento sproporzionato, rimesso alla totale discrezione della giuria, abbia determinato una violazione del predetto art. 10 nel caso di specie. La necessità che il diritto alla libertà di espressione di cui all'art. 10 CEDU sia rispettato, e che dunque il risarcimento non sia sproporzionato rispetto al legittimo scopo di tutela dell'onore e della reputazione, divenendo altrimenti una illegittima compressione della libertà di cui all'art. 10 è espressa in *Rantzen v Mirror Group Newspapers Ltd* [1994] QB 670. Sul punto v. più diffusamente Law Commission, *Report*, cit., 75 ss.

²⁵¹ La sentenza detta delle linee guida particolarmente dettagliate anche con riferimento al risarcimento compensativo per i casi di *false imprisonment* e *malicious prosecution*: cfr. *Thompson v Commissioner of Police of the Metropolis and Hsu v. Commissioner of Police of the Metropolis* [1998] Q.B. 498, 515 – 516. Trattandosi di semplici linee guida offerte per i futuri giudizi, esse debbono considerarsi suscettibili di adattamento alle specifiche circostanze del caso concreto sicché le giurie potranno discostarsene: ed infatti, come affermato da Lord Diplock in *Wright v. British Railways Board* [1983] 2 A.C. 773, 784-785, a proposito del ruolo rivestito dalle Corti d'Appello nel dettare linee guida per i futuri processi di primo grado: « *A guideline as to quantum of conventional damages or conventional interest thereon is not a rule of law nor is it a rule of practice. It sets no binding precedent; it can be varied as circumstances change (...) But though guidelines should be altered if circumstances relevant to the particular guideline change, too frequent alteration deprives them of their usefulness in providing a reasonable degree of predictability in the litigious process and so facilitating settlement of claims without going to trial.* ».

²⁵² Come affermato in *Thompson* naturalmente tutte le cifre debbono essere aggiornate per tenere conto dell'inflazione: in *Rowlands v Chief Constable of Merseyside Police* [2006] EWCA Civ 1773 fu ritenuto che, a tal fine, l'ammontare minimo di £ 5,000 andasse innalzato a £ 6,000. Le linee guida dettate in *Thompson* sono state efficacemente utilizzate dalle Corti d'Appello successive al fine di ridurre risarcimenti esemplari sproporzionati: v. i casi citati da WILCOX, *Punitive damages in England*, op. cit., 40 – 41.

(b) I mezzi economici a disposizione del convenuto. Il terzo canone indicato da Lord Devlin come guida nella stima del *quantum* del risarcimento esemplare richiede al giudice di tenere conto dei mezzi di cui dispongano le parti. In particolare, nel giudizio in materia di danni esemplari si tiene conto della ricchezza del convenuto, giacché è evidente che l'effetto punitivo e deterrente che la condanna al pagamento di una somma di denaro è in grado di esercitare non può essere misurato in senso assoluto ma varia a seconda della ricchezza di cui il destinatario della sentenza di condanna disponga.²⁵³

(d) Il risarcimento costituisce un colpo di fortuna per l'attore il quale è già stato compensato in toto per il danno patito. Si tratta di un argomento che acquista particolare rilevanza soprattutto in casi rientranti nella prima categoria, in cui spesso intervengono le regole in materia di responsabilità in via vicaria²⁵⁴, in virtù delle quali è il datore di lavoro pubblico a rispondere per il danno arrecato dai propri dipendenti nell'esercizio delle loro funzioni. In tali casi, bisognerà tenere conto della circostanza che quanto accordato a titolo di risarcimento punitivo in favore dell'attore, che è stato già compensato *in toto*, costituisce una somma aggiuntiva, una vera e propria "manna dal cielo", e che il suo peso andrà a gravare sulle finanze pubbliche e, in definitiva, sulle spalle dell'intera collettività, invece di essere destinata per scopi più utili alla comunità.²⁵⁵

(e) la presenza di una molteplicità di danneggianti. Nell'ipotesi in cui più coautori della condotta illecita l'ordinamento inglese accoglie la regola della responsabilità solidale tra i coautori²⁵⁶: il danneggiato al quale sia stato riconosciuto il diritto al pagamento di una somma a titolo risarcitorio potrà pretenderla per l'intero da ciascuno dei coobbligati in solido, scegliendo ad esempio il più solvibile, salvo il diritto di regresso di colui che abbia pagato l'intero nei confronti degli altri, secondo le regole dettate in materia dal *Civil Liability (Contribution) Act 1978*.²⁵⁷ La medesima soluzione è accolta con riferimento al risarcimento esemplare; ciò comporta che, in una situazione analoga a quella appena descritta, la sentenza possa essere portata ad esecuzione nei confronti di uno solo dei coautori anche per quel che riguarda l'intero ammontare liquidato a titolo di risarcimento esemplare. L'applicazione della

²⁵³ Così *McGregor on Damages*, cit., 386. La rilevanza del criterio in parola è affermata anche in *John v MNG* [1997] QB 586, 617 ed in *Thompson v Commissioner of Police of the Metropolis and Hsu v. Same* [1998] Q.B. 498, 517, con specifico riferimento ai casi di *police misconduct* in cui venga in considerazione la responsabilità del Superiore per il fatto del danneggiante; sul punto v. *infra* par. 7.

²⁵⁴ su cui v *infra* par. 7.

²⁵⁵ Cfr. *Thompson v Commissioner of Police of the Metropolis and Hsu v. Same* [1998] Q.B. 498, 517.

²⁵⁶ Cd. *Joint and several liability*.

²⁵⁷ Sul regime applicabile nelle ipotesi di molteplicità di autori della condotta illecita v. Rogers, *Multiple Tortfeasors under English Law*, in Rogers (a cura di) *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors*, L'Aia, 2004, 65 ss.

regola illustrata con riferimento al risarcimento esemplare è, tuttavia, suscettibile di produrre risvolti pratici iniqui. Ed infatti, può verificarsi che al coobbligato chiamato a risarcire l'intero sia imputabile una condotta caratterizzata da un minor grado di riprovevolezza o addirittura del tutto esente da rimproverabilità sul piano soggettivo: in tale evenienza se il risarcimento esemplare risultasse commisurato alla condotta illecita nel suo complesso, senza considerare i diversi apporti che sul piano psicologico siano riconducibili ai vari autori, il coobbligato verrebbe chiamato a sopportare una sanzione sproporzionata rispetto alle esigenze di punizione e deterrenza esistenti nei suoi confronti. Per far fronte a tali difficoltà la giurisprudenza ha stabilito due correttivi²⁵⁸: a) anche se i convenuti in giudizio sono in numero superiore ad uno andrà comunque liquidata un'unica somma a titolo di risarcimento esemplare; b) tale somma dovrà costituire il massimo comun denominatore con riferimento alle esigenze punitive suscitate da ciascuna delle condotte: in altre parole, la somma liquidata dovrà essere adeguata a quella che tra le condotte autrici risulti la meno meritevole di punizione; se del caso ciò potrà determinare anche il rigetto della domanda risarcitoria a tal fine formulata.²⁵⁹

7. La responsabilità per fatto altrui²⁶⁰

Quella inerente alla estensibilità del regime della *vicarious liability*²⁶¹ anche al risarcimento esemplare è questione particolarmente spinosa che solo di recente

²⁵⁸ Essi sono formulati in *Broome v Cassell* [1972] A.C. 1027, 1063.

²⁵⁹ Ciò nell'ipotesi in cui almeno una delle condotte illecite non risulti meritevole di punizione. Non si può non rilevare in questa sede come il regime fin qui enunciato appaia francamente irragionevole: se il rimedio del risarcimento esemplare è posto dall'ordinamento al fine di realizzare finalità punitive e deterrenti nell'ambito del processo civile non si vede perché tali finalità debbano essere messe da parte e l'attore possa essere finanche privato del rimedio in parola solo perché il processo vede come convenuti più coautori della condotta illecita; la soluzione razionale del problema, che sia coerente con l'esigenza di garantire che un convenuto non sia obbligato a pagare a titolo esemplare più di ciò che si giustifichi con riferimento alle caratteristiche della sua personale condotta, postulerebbe l'abbandono, con riferimento esclusivo al risarcimento esemplare, della regola della *joint and several liability*, in favore di una liquidazione del risarcimento punitivo e relativa responsabilità pro quota dei singoli coautori. Non stupisce che tale soluzione sia al contempo quella proposta dalla LAW COMMISSION nel *Report on aggravated, exemplary and restitutionary damages*, cit., 153 ss., e quella di recente adottata nel *Crime and Courts Act 2013*, su cui v. par 3 del presente capitolo.

²⁶⁰ Sul punto v. più diffusamente ATIYAH, *Vicarious liability in the Law of Torts*, Londra, 1979, 433 ss.; le riflessioni della LAW COMMISSION in *Report*, cit., specialmente 158 ss.; Wilcox, op. cit., 47 ss.

²⁶¹ ATIYAH, op. ult. cit., 3, definisce tale forma di responsabilità come quella che viene imposta in capo ad un soggetto in virtù dei seguenti fattori: 1) un'azione od un'omissione illeciti; 2) l'esistenza di una relazione tra il danneggiante e il soggetto che viene chiamato a rispondere del danno dal primo arrecato; 3) una qualche connessione tra l'azione od omissione illecita e la predetta relazione. Esistono tre forme di relazione che soddisfano tali requisiti: si tratta del rapporto di lavoro subordinato, della relazione tra committente ed agente e di quella committente – lavoratore autonomo; soltanto nel primo caso esiste una regola generale di *common law* che impone la responsabilità del datore di lavoro per il fatto del dipendente, mentre con riferimento alle altre due relazioni enunciate esistono delle regole che impongono il regime predetto in alcune

ha ricevuto diretta considerazione da parte della giurisprudenza inglese. In sintesi, ci si chiede se il soggetto, che in base al regime generale di *common law* o ad una specifica regola legislativa sia chiamato a rispondere delle conseguenze risarcitorie dell'azione del danneggiante, in virtù della particolare relazione che con questo intercorra, possa in virtù di tale regola essere chiamato a sopportare anche le conseguenze di detta condotta che impongano un risarcimento esemplare, ovvero se quest'ultimo debba ritenersi escluso dall'ambito della sua responsabilità, proprio in ragione della finalità punitiva che ne costituisce il fondamento. È evidente quale sia la principale obiezione nei confronti di una risposta positiva all'interrogativo: può un soggetto cui l'illecito non è in alcun modo imputabile in termini soggettivi, non essendone egli l'autore, essere punito, seppur in sede civile? La soluzione positiva sembra contraddire fondamentali esigenze equitative e porsi in contrasto con almeno una di quelle che sono usualmente indicate come le finalità principali dell'istituto, quella punitiva-retributiva, la quale risulta chiaramente frustrata nel momento in cui la pretesa punitiva non venga avanzata nei confronti dell'autore della condotta illecita ma di un terzo cui la responsabilità viene imputata in termini oggettivi.²⁶²

A dispetto delle osservazioni che precedono, è proprio la soluzione positiva ad essere stata definitivamente accolta come diritto vivente all'interno dell'ordinamento inglese. Il *leading case* è *Rowlands v Chief Constable of Merseyside Police*²⁶³ nel quale fu riconosciuto che la responsabilità del Capo della Polizia per il fatto illecito compiuto dal proprio agente nell'esercizio delle

circostanze definite. In tutti i casi è comunque necessario che sussista il requisito sub 3), il quale, con riferimento al primo tipo di relazione, si sostanzia nella circostanza che il fatto illecito del dipendente sia stato compiuto nell'esercizio delle proprie funzioni (*in the course of employment*); la responsabilità del datore per il fatto del proprio dipendente costituisce il contenuto di una regola di *common law*, in alcuni casi essa è stata ribadita e talora modificata da singole leggi, ad esempio, la sez. 2(1)(A) del *Crown Proceedings Act 1947*, stabilisce la responsabilità della Corona per il fatto dei propri dipendenti; ai sensi della sez. 88(1) del *Police Act 1996* il *Chief Officer* di ciascun Ufficio di Polizia è responsabile per il fatto degli agenti operativi presso lo stesso.

²⁶² La responsabilità che grava sul soggetto responsabile in via vicaria è oggettiva, in quanto essa gli viene imposta in virtù della relazione che intercorre tra lui stesso e l'autore della condotta illecita, a prescindere dal fatto che la condotta gli sia soggettivamente imputabile.

Appare più coerente la soluzione di cui al § 909 del *Restatement Second of Torts*, in base al quale:

«Punitive damages can properly be awarded against a master or other principal because of an act by an agent if, but only if,

(a) the principal or managerial agent authorized the doing and the manner of the act, or

(b) the agent was unfit and the principal or a managerial agent was reckless in employing or retaining him, or

(c) the agent was employed in a managerial capacity and was acting in the scope of employment, or

(d) the principal or a managerial agent of the principal ratified or approved the act.»

A differenza di quanto avviene nell'ordinamento inglese, infatti, la soluzione in questione impone in capo al datore la responsabilità per il risarcimento punitivo soltanto in circostanze nelle quali sia, comunque, individuabile una qualche forma di riconducibilità in termini soggettivi dell'atto allo stesso.

²⁶³ [2007] 1 W.L.R. 1065.

sue funzioni dovesse comprendere anche il risarcimento esemplare²⁶⁴. La Court of Appeal, pur riconoscendo la sostanziale ingiustizia cui tale estensione prestava il fianco in via di principio, ha preferito la soluzione affermativa in base ad una ragione di *policy* giudiziale, ritenuta prevalente: a fronte di violazioni delle libertà civili da parte di rappresentanti della forza pubblica è necessario potere disporre di uno strumento in grado di colpire efficacemente, ben oltre quello che sarebbe consentito se si dovesse commisurare il risarcimento ai mezzi del singolo agente autore dell'illecito, l'organo che assume la responsabilità di quella condotta nei confronti della collettività. Il ragionamento della Corte sembra, cioè, rinviare alla funzione simbolico-educativa del danno esemplare, spesso evocata con riferimento a fattispecie rientranti nella prima categoria: a fronte della violazione delle libertà civili dei cittadini da parte del potere pubblico è necessario marcare la disapprovazione dell'ordinamento nel suo complesso nei confronti della condotta a mezzo della quale la predetta violazione si sia perpetrata; lo strumento del risarcimento esemplare sembra, cioè, svolgere una genuina funzione di strumento vendicativo della violazione dei diritti fondamentali, reagendo nei confronti di forme di aggressione brutali ed per questo intollerabili perpetrate in danno degli stessi.

L'altro argomento forte a sostegno della applicabilità del regime della *vicarious liability* al risarcimento esemplare fa leva sulla seconda delle due principali finalità dell'istituto: la deterrenza²⁶⁵. Imporre il risarcimento esemplare sulle spalle del datore di lavoro piuttosto che su quelle del lavoratore è mezzo per perseguire efficacemente, seppur in via indiretta, l'effetto di deterrenza desiderato²⁶⁶: il datore, infatti, a differenza del lavoratore, è in grado di attivare meccanismi di tipo educativo e preventivo all'interno del luogo di lavoro in grado di dissuadere per il futuro altri lavoratori dal porre in essere la condotta;

²⁶⁴ La questione era stata già in precedenza oggetto di esame da parte di Lord Scott of Foscote in *Kuddus v Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, [2002] 2 A.C. 122, 160 ss. Lord Scott si era espresso negativamente sul punto, ma il punto costituiva mero *obiter*.

²⁶⁵ L'argomento che qui si espone è sviluppato dalla LAW COMMISSION nel Report, cit., 158 ss. a sostegno della raccomandazione ivi espressa in favore della estendibilità della *vicarious liability* al risarcimento punitivo e nonostante la stessa Commissione ammetta che la finalità di deterrenza svolta dal danno esemplare risulti quantomeno diluita nell'ipotesi in questione. Ci si chiede perché mantenere una soluzione, quella della *vicarious liability* per i danni esemplari, che tradisce totalmente una delle due principali funzioni dell'istituto, quella punitiva, e consente la realizzazione in forma soltanto attenuata della seconda.

²⁶⁶ Come dire: il fine giustifica il mezzo! L'argomento, basato sulla finalità "mediata" di deterrenza appare fondato su troppe condizioni soltanto ipotetiche: se è già difficile misurare quale possa essere l'effetto di deterrenza che una data sanzione produca nel momento in cui essa sia imposta direttamente sul suo autore, quello costruito dalla Law Commission ancor più appare come un vero e proprio castello di carte; esso si basa, infatti, sulla previsione degli effetti riflessi che una punizione imposta sull'incolpevole datore potrebbe avere sulle sue scelte di politica aziendale. A ciò si aggiunga il fatto che nei casi in cui più frequentemente si pone la questione, rientranti nella prima categoria, il datore di lavoro è un organo pubblico, spesso l'Ufficio di Polizia da cui dipende l'agente e che ciò produce senz'altro delle conseguenze non trascurabili sui già diluiti effetti di deterrenza prospettati dalla Law Commission.

egli, inoltre, può attivare il proprio potere disciplinare nei confronti del colpevole finanche licenziandolo, e di certo il licenziamento può costituire una punizione ben più grave per il lavoratore dell'imposizione di una somma a titolo punitivo.

La questione fin qui brevemente prospettata costituisce, inoltre, costituisce una sorta di cartina di tornasole di un'altra ben più generale tematica, già anticipata nel precedente capitolo, che investe l'istituto nel suo complesso e fino alle fondamenta. Punizione e deterrenza vengono tralatiziamente indicate dai giudici come le finalità che l'istituto persegue: esse, tuttavia, come dimostra il tema oggetto del presente paragrafo, ben possono entrare in conflitto. Se è lecito che un istituto persegua più d'una finalità, adattandosi alle circostanze del caso in specie, o che una o l'altra risulti prevalente a seconda delle circostanze, occorre porsi alcune domande. In primo luogo: può l'applicazione dell'istituto in un determinato contesto pratico portare ad obliterare totalmente una delle due funzioni? In secondo luogo, il danno esemplare può perseguire in certe ipotesi soltanto lo scopo di realizzare l'effetto deterrente della condotta illecita, pur a costo di punire un soggetto cui la condotta non possa essere ricondotta in termini soggettivi?²⁶⁷

8. La copertura assicurativa del danno esemplare

La ammissibilità della copertura assicurativa anche con riguardo al risarcimento esemplare²⁶⁸ pone problemi non dissimili rispetto a quelli già affrontati nel paragrafo precedente. In particolare, da una parte la funzione retributiva del risarcimento esemplare risulta frustrata una volta che si ammetta che, in presenza di un contratto di assicurazione per la responsabilità civile verso terzi, la Compagnia assicurativa possa essere chiamata a sopportarne il peso in luogo del danneggiante assicurato. Per tale ragione, come è noto, non è consentito assicurarsi contro il rischio di incorrere in responsabilità penale e nelle relativa sanzione pecuniaria. Con riferimento all'effetto di deterrenza che il rimedio esemplare mira a perseguire, si sostiene che esso è suscettibile di realizzarsi, nonostante sia l'assicuratore e non il danneggiante a pagare di fatto il risarcimento. La realizzazione del predetto obiettivo fa leva sui meccanismi del mercato assicurativo, affidandolo, in particolare ad un sistema di tipo mediato in

²⁶⁷ Quel che preme qui sottolineare è come le Corti talora omettano di verificare la coerenza di un certo risultato pratico rispetto agli scopi declamati dell'istituto e di valutare le possibili ricadute di una data soluzione pratica rispetto alla fisionomia dell'istituto ed alla sua ragion d'essere all'interno dell'ordinamento; d'altra parte, occorrerebbe interrogarsi di più su quale sia il fondamento dell'istituto in esame, perché, come anticipato nel capitolo precedente, la scelta del fondamento giustificativo non è indifferente rispetto alle soluzioni pratiche di volta in volta adottate, di guisa che se manca una attenta riflessione queste ultime rischiano di rivelarsi contraddittorie.

²⁶⁸ Ovviamente il problema non ha ragione di porsi nell'ipotesi in cui il contratto contempli una clausola che espressamente escluda una tale estensione.

grado di trasferire il peso del risarcimento esemplare sulle spalle degli assicurati, i quali per il futuro troveranno maggiori difficoltà a stipulare un contratto di assicurazione contro il medesimo rischio e saranno comunque costretti al pagamento di premi più alti.²⁶⁹ Tale ultimo argomento ad ogni modo non sembra particolarmente convincente. Ed infatti, se è già difficile misurare empiricamente l'efficacia deterrente che concretamente una data sanzione è in grado di produrre sia a livello speciale che generale, risulta ancora più arduo immaginare quale possa essere la reale incidenza del meccanismo mediato poc'anzi descritto, i cui effetti, tra l'altro potrebbero rischiare di ricadere indiscriminatamente sulle spalle di intere categorie di assicurati.

Sul piano del *case-law*, ad ogni modo, l'unica pronuncia che ha specificamente affrontato la questione oggetto del presente paragrafo è quella di cui al caso *Lancashire County Council v Municipal Mutual Insurance Ltd*²⁷⁰, la quale però può considerarsi precedente vincolante solo con riferimento alla regola che ammette la copertura assicurativa che si estenda al danno esemplare nell'ipotesi in cui il soggetto chiamato a rispondere per il risarcimento esemplare sia responsabile in via vicaria per il fatto altrui.²⁷¹ Nessuna autorità giurisprudenziale sussiste, invece, con riferimento al diverso caso in cui il risarcimento esemplare per il quale si invochi la copertura assicurativa sia collegato alla personale condotta illecita di chi sia condannato a pagarlo.

²⁶⁹ L'argomento è accolto dal *Report*, cit., 167, nel quale la Law Commission, richiamando sul punto le posizioni di cui al caso *Lancashire County Council v Municipal Mutual Insurance Ltd* [1996] 3 WLR 493, si schiera a favore della generale ammissibilità della copertura assicurativa del danno esemplare, escludendo che esistano ragioni di ordine pubblico tali da giustificare la affermazione di una regola generale di segno opposto. Accanto all'argomento in parola, l'impianto argomentativo complessivo elaborato dalla Law Commission su tale specifica questione, poggia su altri due argomenti: (i) la necessità che sia preservato l'incentivo economico dell'attore ad agire al fine di ottenere un risarcimento esemplare; in base a tale argomento, in sostanza, a fronte di condotte eccezionalmente meritevoli di punizione e lesive di fondamentali diritti dell'attore sussiste un interesse pubblico alla imposizione di una sanzione nei confronti delle stesse, che può essere preservato solo se sussistano in capo al convenuto i mezzi finanziari in grado di far fronte a tale condanna, all'uopo procurati tramite garanzia assicurativa. (ii) il principio della *sanctity of contract*, in base al quale si ritiene che il giudice debba astenersi per quanto possibile dall'ingerirsi nella regolamentazione pattiziamente congegnata.

Con riferimento a quanto sub (i), pare che ancora una volta la Law Commission nel giustificare una data regola operativa che viene suggerita in prospettiva di riforma dell'attuale disciplina, faccia riferimento ad una terza funzione dell'istituto, che sembra accostarsi a pieno titolo alle due tradizionali di punizione e deterrenza: si tratta della funzione simbolica di riaffermazione di diritti collocati in posizione apicale all'interno dell'ordinamento costituzionale, e la cui violazione determina la messa in campo da parte dell'ordinamento dei suoi strumenti di reazione più incisivi, nel nostro caso la punizione che si esplica nelle forme civili, al fine di marcare la propria disapprovazione agli occhi dell'intera collettività nei confronti della condotta violatrice degli stessi; sul punto cfr. MORGAN, op. cit., 203.

²⁷⁰ [1996] 3 WLR 493.

²⁷¹ Ed infatti, nel caso in questione la condotta illecita era stata posta in essere da agenti di polizia per il cui fatto illecito era responsabile il Capo dell'Ufficio di Polizia ai sensi del *Police Act* 1964.

9. La ibrida figura degli aggravated damages²⁷²

Come si ricorderà, uno dei punti centrali del *dictum* di Lord Devlin in *Rookes v Barnard* è quello che concerne la distinzione tra *exemplary damages* ed *aggravated damages*: la prima delle due voci risarcitorie possiede genuino carattere punitivo, la seconda ha natura puramente e semplicemente compensativa, essendo essa deputata al ristoro di quel danno non patrimoniale consistente nella offesa al senso di dignità dell'attore arrecata per effetto delle caratteristiche particolarmente riprovevoli della condotta illecita, che sono tali da approfondire la lesione inflitta al danneggiato²⁷³. In altre parole, con tale voce risarcitoria l'ordinamento riconosce che la lesione volontariamente inflitta, accompagnata da disprezzo, umiliazione o persecuzione nei confronti del danneggiato, contiene in sé un *quid pluris* rispetto a quella inflitta da una condotta fenomenicamente identica ma colposa²⁷⁴: la percezione che il

²⁷² La categoria in parola è praticamente sconosciuta nell'ordinamento degli Stati Uniti, ove l'espressione "*aggravated damages*" è usata come sinonimo della più nota "*punitive damages*". La distinzione tra *aggravated* e *punitive damages* è, invece, riconosciuta in Canada, Irlanda, Australia e Nuova Zelanda in modo analogo a quanto viene descritto nel testo con riferimento all'ordinamento inglese. Cfr. WILCOX, SEBOK, *Aggravated Damages*, in KOZIOL, WILCOX (a cura di), *Punitive damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, cit., 257 ss., i quali sottolineano come tale ultima circostanza assume particolare rilievo se si considera che in tutti e tre gli ordinamenti citati non vigono restrizioni nell'accesso al risarcimento punitivo analoghe a quelle imposte in Inghilterra da *Rookes v Barnard*; su tale ultimo punto v. anche FELDTHUSEN, *Punitive Damages: Hard Choices and High Stakes*, in *N.Z. L. Rev.*, 749 – 50, il quale, con riferimento esclusivo alla situazione canadese, paventa il rischio, nella concreta applicazione pratica dei due concorrenti rimedi risarcitori, di duplicazione di risarcimenti, con sostanziale doppia punizione del convenuto.

WILCOX, SEBOK, op. ult. cit., sottolineano, altresì, a pag. 266, come la prassi scozzese consenta, pur non riconoscendo una separata voce risarcitoria a tal fine, di tenere conto del grado di colpevolezza dell'autore dell'illecito al fine di accrescere il risarcimento del danno e come una prassi simile sia conosciuta in molti paesi dell'Europa continentale. I due A., inoltre, individuano (p. 269) nel concetto di "soddisfazione" (*Genugtuungsfunktion*), conosciuto tanto all'ordinamento sudafricano quanto a quello tedesco quale sottovoce del danno non patrimoniale, una componente punitiva inscindibile, in rado di inglobare in sé tanto il concetto di riaffermazione del diritto violato (che, per inciso, appare analogo alla funzione di riaffermazione del valore cogente della legge attribuita al danno esemplare da Lord Devlin in *Rookes v Barnard*) tanto quello di gratificazione psicologica che tale componente risarcitoria conferisce alla vittima.

D'altronde, non è nuovo l'accostamento del danno punitivo con categorie continentali come quella del risarcimento del danno non patrimoniale e con il concetto di soddisfazione che spesso figura nella prassi delle Corti tedesche in materia. Si rinvia per una più ampia trattazione sul punto al paragrafo 5 del quarto capitolo.

²⁷³ Così si esprime Lord Devlin nella sua famosa *opinion* (*Rookes v Barnard* [1964] A.C. 1129, 1221): «*it is very well established that in cases where the damages are at large the jury (or the judge if the award is left to him) can take into account the motives and conduct of the defendant where they aggravate the injury done to the plaintiff. There may be malevolence or spite or the manner of committing the wrong may be such as to injure the plaintiff's proper feelings of dignity and pride. These are matters which the jury can take into account in assessing the appropriate compensation*».

²⁷⁴ A tal proposito MURPHY, *The Nature and Domain of Aggravated Damages*, CLJ, 2010, 355, riferisce l'esempio efficace di HOLMES, *The Common Law*, New York, 1991, 3, secondo cui «*even a dog can tell the difference between being stumbled over and being kicked*».

danneggiato ha della volontaria inflizione del danno, del disprezzo nei propri confronti manifestato dal danneggiante *et similia* infliggono un *vulnus* al senso di amor proprio e di dignità di cui quest'ultimo è portatore. E' nei confronti di tale lesione che l'ordinamento puntualmente appresta tutela tramite tale voce risarcitoria.

La voce risarcitoria in parola ha suscitato particolari perplessità con riguardo alla sua effettiva natura, ritenuta di carattere ibrido²⁷⁵. A tal proposito, si possono riconoscere due principali orientamenti: il primo, che possiamo considerare "l'ortodossia" sul punto, fedele alla ricostruzione di Lord Devlin, che le riconosce carattere puramente compensativo, classificandola come sottovoce del danno non patrimoniale; la seconda che sostiene che dietro la apparente natura meramente risarcitoria si celi in realtà una componente punitiva o quasi-punitiva, che consentirebbe, tra l'altro, di aggirare gli angusti limiti di applicabilità del risarcimento esemplare nel diritto inglese.

Secondo il primo dei due orientamenti, ciò che si va a risarcire con la predetta voce di danno è il danno morale-psichico che il danneggiato subisce per effetto delle caratteristiche particolarmente oltraggiose della condotta illecita che, come suggerisce la stessa denominazione "risarcimento aggravato", aumentano l'offesa arrecata e conseguentemente la perdita che ne è scaturita, nei suoi profili di carattere non patrimoniale. Tale posizione è efficacemente compendiata nella seconda parte del *Report su Aggravated, Restitutionary and Exemplary damages*²⁷⁶, dove la Law Commission individua due condizioni di base necessarie affinché si possa dar corso ad un risarcimento "aggravato": (i) la eccezionalità della condotta, nel senso che essa si caratterizzi per la sua protervia, per il suo carattere oltraggioso o per essere stata determinata da motivazioni analogamente riprovevoli²⁷⁷; (ii) la condizione di "*mental distress*"²⁷⁸, di sofferenza psicologica patita dal danneggiato, che si esplica nelle

²⁷⁵ V. ad esempio, il commento in proposito formulato dalla Law Commission, nel *Report*, cit., 10, a proposito della prassi delle Corti in materia: «*Unfortunately, there is a continuing confusion in the case law, reflected in some of the substantive and procedural preconditions of an award of aggravated damages, about whether they in fact serve a different function, which is punitive in nature. (...) It is regrettable that Lord Devlin's analysis has not dispelled the confusion between the two functions of compensation and punishment*».

²⁷⁶ 11 ss.

²⁷⁷ A determinare una pronuncia di condanna ad *aggravated damages* possono essere anche le caratteristiche della condotta di parte convenuta successiva alla commissione dell'illecito extracontrattuale, purché siano tali da caratterizzarsi come oltraggiose. Ad esempio, con riferimento alla diffamazione a mezzo stampa, il rifiuto di rettifica delle precedenti dichiarazioni, o addirittura la successiva persistenza nella diffusione delle stesse, o, ancora, la condotta processuale che si caratterizzi come particolarmente aggressiva nei confronti del danneggiato possono costituire elementi tali da giustificare la condanna al pagamento di una somma a tal titolo. Sul punto, v. LAW COMMISSION, *Report*, cit., 13.

²⁷⁸ Pur con la dose di approssimazione che necessariamente l'opera di traduzione da una lingua giuridica ad un'altra impone, la voce risarcitoria descritta si approssima a quella interna del danno non patrimoniale, nella sub-specie del danno morale-soggettivo, ormai depurata dal necessario riferimento all'illecito penale ed intesa come sofferenza e patema d'animo di certo suscettibili di

forme della sensazione dolorosa connessa alla percezione dell'altrui disprezzo, nel senso di diminuzione della propria autostima e dignità, di umiliazione, di accresciuta vulnerabilità.²⁷⁹

Il secondo dei due orientamenti sopra menzionati²⁸⁰ disconosce la natura esclusivamente compensativa della voce risarcitoria in oggetto: secondo i sostenitori di questo indirizzo, infatti, quand'anche si accetti che in linea teorica è possibile distinguere perfettamente il piano della compensazione da quello della punizione, con la conseguenza che la condotta illecita e le sue particolari caratteristiche nell'ambito del risarcimento, qui, denominato "aggravato" rilevino solo per gli effetti che essi producono nella sfera emotiva e psichica del danneggiato, nella pratica è impossibile scindere i due piani, sicché gli *aggravated damages* finiscono per assumere una connotazione, almeno in parte, punitiva. In sostanza nel momento in cui si autorizza l'organo giudicante a prendere in considerazione le caratteristiche della condotta illecita, il grado di colpevolezza del danneggiante etc., sembra divenire un'operazione puramente speculativa quella che distingue tra l'ipotesi in cui le stesse vengano utilizzate per misurare il danno psicologico e la sofferenza arrecata al danneggiato, e quella nella quale, invece, l'accresciuta misura risarcitoria venga usata come strumento volto a colpire direttamente la condotta, con finalità, seppur non dichiaratamente, punitive.²⁸¹

insorgere nella vittima di un illecito caratterizzato da quelle caratteristiche di eccezionale rimproverabilità descritte nel testo. Sul punto v. capitolo iv, paragrafo 5.

²⁷⁹ Cfr. Law Commission, *Consultation Paper*, cit., 35.

²⁸⁰ V. CANE, *The Anatomy of Tort Law*, Oxford, 1997, 114; ROBERTSON, *Constraints on Policy-Based Reasoning in Private Law*, in Robertson and W.H. Tang (a cura di), *The Goals of Private Law*, Oxford, 2009, 276; FELDTHUSEN, *Punitive Damages*, cit., 749 – 750.

²⁸¹ Quello riferito nel testo è anche il punto di vista espresso da Lord Wilberforce nella *dissenting opinion* che egli rese nel caso *Broome v Cassell* [1972] A.C. 1027, 1113 – 1116.

Va, qui, menzionato un terzo filone di pensiero, secondo il quale gli *aggravated damages* hanno natura genuinamente compensativa, ma la perdita che essi vanno a risarcire non ha carattere morale-psichico, sostanziandosi, invece, nella lesione della dignità del danneggiato. L'accertamento delle caratteristiche che connotano la condotta illecita è necessario, secondo tale orientamento, giacché non essendo la lesione della dignità umana tangibile o misurabile in alcun modo, l'unico strumento per verificarla consiste nell'accertamento della idoneità a lederla in capo alla condotta dell'autore dell'illecito. Sul punto v. MURPHY, *The nature and domain of aggravated damages*, cit.; Beever, *The structure of aggravated and exemplary damages*, in OJLS, 2003, 87 ss., il quale afferma a pag. 90: «*The claimant's injury lies in the violation of her dignity by the defendant. Violation of dignity is not directly observable. Instead, to discover the injury, we must look at how the defendant acted. In these cases, then, our sole epistemological access to the claimant's injury is through examination of the defendant's actions. This does not show that we are interested in the defendant's actions per se, however. We are interested in these actions only in so far as they impinge on the claimant*». Anche questo filone non pare risolvere univocamente in senso compensativo la questione della natura degli *aggravated damages*: un volta che il danneggiato sia stato compensato *in toto*, per il danno patrimoniale subito e per la perdita non patrimoniale comprensiva della sofferenza, dello stress subito sul piano morale e psichico per effetto della condotta illecita, il riconoscimento di un'ulteriore voce risarcitoria a titolo di risarcimento per la lesione della sua dignità non ci dice in che misura la somma a tale titolo sia liquidata (parafrasando le famose parole di Windeyer J. in *Uren v. John Fairfax & Sons Pty. Ltd.*, 117 C.L.R. 115, 150) per la perdita non patrimoniale effettivamente subita quale conseguenza

Come riconosciuto dalla stessa Law Commission, sembra sussistere in capo agli operatori del diritto una diffusa e, secondo la visione “ortodossa”, erronea percezione che annette al risarcimento in parola una funzione quasi-punitiva. In particolare, tale percezione emerge a tratti²⁸² in alcuni concreti aspetti della disciplina regolatrice: per costante giurisprudenza²⁸³, ad esempio, si esclude che tale voce risarcitoria possa giocare alcun ruolo tanto con riferimento all’illecito contrattuale, quanto con riferimento al *tort* di *negligence*. L’obiezione comune di fronte a tale regola è quella per cui se a tale voce risarcitoria si riconosca sicura natura compensativa non si vede perché essa debba essere in via di principio esclusa con riguardo ad un’area così ampia del contenzioso civile.²⁸⁴ Va, inoltre, tenuto presente che tale voce risarcitoria coesiste con quella volta al risarcimento del danno morale (*damages for mental distress*) e che le stesse non sono incompatibili. La stessa Law Commission ha suggerito di sostituire unificare le due voci di danno sotto l’unica “*damages for mental distress*”.²⁸⁵

In definitiva, il quadro finora delineato non smentisce l’originaria impressione riguardo alla figura risarcitoria in esame e, cioè, che si tratti di un ibrido, a metà tra compensazione e punizione. È evidente che se l’impressione dovesse rivelarsi

della lesione inflitta alla dignità o *per il fatto stesso* che uno degli attributi primari della personalità umana, quale la dignità, sia stato leso sicché è necessario che l’ordinamento intervenga a riaffermarlo, rivendicando al contempo l’importanza di tale valore. Probabilmente, ciò accade perché in tutte le ipotesi di *torts* in cui il risarcimento è *at large*, cioè non limitato alla perdita oggetto di specifica evidenza probatoria, il danno che viene risarcito ingloba complessivamente tali componenti, assumendo la caratterizzazione di *solatium*.

²⁸² Altri tratti della disciplina sembrano, invece, coerenti con la asserita natura compensativa degli *aggravated damages*: se ne esclude, ad esempio, la operatività nel caso in cui il danneggiato sia una persona giuridica, non essendo questa dotata di un patrimonio emotivo e psicologico suscettibile di essere leso; il *leading case* sul punto è *Collins Stewart Ltd. and another v Financial Times Ltd.* [2005] EWHC 262.

²⁸³ Il *leading case* è *Kralj v McGrath* [1986] 1 All ER 54, 60-61.

²⁸⁴ Per quel che riguarda il *tort* di *negligence*, è chiaro che la maggior parte delle condotte che ricadano nel suo spettro applicativo si caratterizzano, sotto il profilo soggettivo, per la mera inosservanza da parte del loro autore di uno *standard* di diligenza fissato dall’ordinamento e per ciò stesso siano inidonee ad integrare quei requisiti di eccezionalità richiesti perché si dia corso ad un risarcimento aggravato. Non è escluso, però, che tale ultima circostanza possa verificarsi e non si vede quale ragione debba in tale ultimo caso negarsi a priori l’accesso al rimedio in questione. A meno che la vera ragione non sia un’altra, e cioè la percezione del risarcimento aggravato come avente natura punitiva o quasi punitiva. In questo caso, è possibile che proprio per tale percezione gli operatori preferiscano astenersi dal liquidare tali risarcimenti in casi di *negligence* (inteso come *tort*) mantenendo il medesimo regime vigente per gli *exemplary damages*. Con riferimento all’illecito contrattuale, se è vero che in genere gli interessi toccati dalla regolamentazione pattizia appaiono meno delicati, in quanto coinvolgenti interessi di tipo *lato sensu* economici, è nota l’esistenza di rilevanti eccezioni, si pensi, ad esempio, al rapporto di lavoro nel quale in prima battuta il lavoratore viene in considerazione come uomo e non come forza lavoro. Se veramente la voce risarcitoria oggetto del presente paragrafo ha natura esclusivamente compensativa è lecito denegarne l’operatività almeno in quei rapporti contrattuali nei quali vengono in gioco diritti ed interessi delle parti di carattere strettamente personalistico?

²⁸⁵ L’invito ancora non è stato raccolto dal Parlamento, ma v. ora la sez. 39 del *Crime and Courts Act 2013* (al momento non ancora in vigore) la quale precisa che con la locuzione *aggravated damages* deve intendersi un risarcimento per “*mental distress*”, in nessun caso perseguente finalità punitive e comunque distinto rispetto ad *exemplary* e *restitutionary damages*.

corretta, ne uscirebbe fortemente ridimensionato l'intervento limitatore del danno esemplare operato dalla pronuncia di cui al caso *Rookes v Barnard* e la stessa immagine del diritto inglese in materia di risarcimento del danno extracontrattuale: è evidente, infatti, che la temuta ipotesi della punizione in campo civile che, per buona pace della coerenza tra i diversi rami dell'ordinamento, si era inteso relegare in un'angusta nicchia del sistema civilistico, rientrerebbe magari non dalla porta principale ma di certo da uno spazioso ingresso sul retro.

La vicenda degli *aggravated damages* conduce, dunque, l'interprete a domandarsi, in prima battuta, se un ordinamento possa liberarsi così facilmente di istituti e concezioni in esso profondamente radicate con un colpo di spugna e, con riflessione più ampia, che si cercherà di considerare in seguito, se davvero negli ordinamenti giuridici moderni non vi sia alcun posto per la punizione in campo civile.

10. Alcuni rilievi critici preliminari

La breve disamina fin qui condotta consente di formulare alcune iniziali riflessioni sul modello inglese.

Una prima e fondamentale riguarda gli strumenti di analisi che si offrono all'interprete che voglia valutare le potenzialità del risarcimento punitivo all'interno dell'armamentario di rimedi offerti dal diritto civile: come già rilevato più di cinquant'anni fa da illustre dottrina²⁸⁶, l'utilità pratica del rimedio in questione, specialmente se si considera la finalità di deterrenza usualmente invocata a suo fondamento, non è questione che possa misurarsi sul piano teorico, in quanto andrebbe accuratamente valutata sul piano empirico. Fermo restando, cioè, che possono sussistere ragioni di ordine squisitamente teorico *pro* e *contra* tale rimedio, spesso le Corti evocano nello stesso senso argomenti che si basano sugli effetti pratici che esso è in grado di produrre. A ben vedere, però, tali argomenti si rivelano puramente ipotetici, mancando nell'ambito della dottrina giuridica inglese quella fioritura di studi empirici conosciuta, invece, in ambiente statunitense. È chiaro che, in primo luogo, il diritto di cittadinanza del risarcimento esemplare nell'ambito dell'ordinamento inglese, così spesso messo in discussione dalla dottrina di quel paese, è strettamente correlato alla capacità dell'istituto di svolgere, nella concreta fisionomia che esso ha assunto, le funzioni che ad esso sono tradizionalmente riconosciute. L'ausilio di studi in grado di misurare l'effettiva incidenza del risarcimento esemplare sul comportamento degli agenti consentirebbe quantomeno un aggiustamento della

²⁸⁶ Il riferimento è a STREET, *Principles of the Law of Damages*, Londra, 1962, 36.

disciplina dell'istituto collegandola, così, alle finalità che esso è chiamato a svolgere²⁸⁷.

Con specifico riguardo alla fisionomia che l'istituto ha assunto nell'ordinamento inglese non può che ribadirsi quanto già anticipato in apertura del presente capitolo: le limitazioni di carattere sostanziale che precludono una condanna punitiva, consentendola soltanto in determinati gruppi di fattispecie, appaiono una soluzione che realizza un cattivo compromesso, non essendo dettate da alcun criterio razionale ma, come già ampiamente rilevato, soltanto da circostanze casuali. Il *category test* non fa che produrre effetti di ingiustizia sul piano sostanziale, distinguendo illogicamente tra fattispecie simili, quantomeno con riguardo alle esigenze punitive che esse siano in grado di evocare. Lo stato appena descritto appare tanto più inaccettabile con riguardo alla seconda categoria, la quale peraltro come suggerito da acuta dottrina, sembra trovare il suo reale fondamento in esigenze *lato sensu* "restitutorie" del profitto realizzato per mezzo dell'illecito che punitive.

L'impressione che l'immagine fin qui tratteggiata ci restituisce non è affatto rassicurante: come rilevato in precedenza, sembra che la disciplina vigente sia semplicemente il frutto di una scelta ben precisa e cioè non estendere l'ambito applicativo dell'istituto oltre quanto già consentito dai precedenti.²⁸⁸

Appare, infine, opportuno porre in rilievo due dati interessanti con riferimento al modello inglese.

Il primo è che in esso sembrano giocare un ruolo prevalente la finalità punitiva "privata" e quella simbolico-educativa quali fondamenti giustificativi del danno esemplare. La funzione di deterrenza, che pure viene invocata costantemente dalle Corti, sembra invece svolgere un ruolo incidentale, nel senso che essa si pone come fondamento giustificativo ulteriore della sentenza che rechi condanna a risarcimento esemplare, una volta che quest'ultima abbia già riconosciuto sussistenti nei confronti del convenuto esigenze punitive in base al grado di riprovevolezza della sua condotta. In altre parole, le teoriche del risarcimento punitivo che si basano sul concetto di internalizzazione dei costi e sul concetto di deterrenza ottimale, non hanno avuto alcuna presa nell'ordinamento inglese.

In secondo luogo, va adeguatamente tenuto in conto il ruolo giocato nel sistema complessivo del risarcimento del danno extracontrattuale dalla figura degli

²⁸⁷ Della cronica mancanza di studi di carattere empirico sui quali le Corti possano basarsi nelle scelte in materia di danni esemplari, si duole anche MORGAN, *Reforming Punitive Damages in English Law*, cit., 193 ss., il quale sottolinea come a tale situazione non abbia saputo porre rimedio nemmeno la Law Commission, nonostante essa abbia portato a termine un processo di consultazione sulla materia nel corso del quale hanno visto la luce ben due Pubblicazioni specificamente aventi ad oggetto l'istituto in esame.

²⁸⁸ Non può che condividersi, a tal proposito, l'opinione di EDELMAN, *In defence of exemplary damages*, in Rickett (a cura di) *Justifying private law remedies*, Portland, 225, il quale rileva come pare essere di moda tra i teorici del diritto privato condannare il risarcimento punitivo come contrario alla struttura del diritto privato, considerando le opinioni contrarie come addirittura eretiche.

“aggravated damages”. Come rilevato nel precedente paragrafo, essi sembrano inglobare una inscindibile componente punitiva, probabilmente consentendo alla terza delle funzioni tratteggiate nel precedente capitolo, quella di *“victim vindication”*, di esplicarsi utilmente.

CAPITOLO III

I DANNI PUNITIVI NEL SISTEMA STATUNITENSE

1. Considerazioni preliminari

Il dibattito concernente i *punitive damages* ha assunto nell'ordinamento statunitense toni e proporzioni mai raggiunti nel resto del *Common law*.

Ed infatti, a partire dalla metà degli anni '80 si è assistito ad una crescita esponenziale della letteratura giuridica in materia, che si è fatta carico del compito di approfondire sia gli aspetti generali dell'istituto, analizzandone le basi teoriche, sia la disciplina di dettaglio, proponendo soluzioni sempre più innovative per porre rimedio ai difetti della stessa. Al tempo stesso, si è assistito anche ad un mutamento della natura della riflessione critica avente ad oggetto l'istituto: questa, infatti, ha travalicato l'ambiente elitario dei circoli accademici, per assumere i diversi toni del dibattito politico e mediatico, nell'ambito della più ampia riflessione avviata in quella sede in ordine alla presunta crisi del sistema giudiziario civile e di quello assicurativo. In seno, dunque, al movimento di riforma della giustizia civile, forse anche fomentata dalla mano più o meno visibile di lobby rappresentative di interessi economici riconducibili al mondo finanziario ed imprenditoriale, ha preso piede una campagna *anti-punitive damages*²⁸⁹. Nell'ambito di tale campagna, l'istituto è stato additato come una delle maggiori cause della crisi del sistema della responsabilità civile e della giustizia civile in generale. Esso è stato descritto come fuori controllo, in mano a giurie istituzionalmente favorevoli agli attori ed emotivamente influenzabili da manovre esperte di avvocati con pochi scrupoli²⁹⁰. Oggetto di accese critiche è stata, in particolare, la liquidazione di somme in costante crescita e caratterizzate da un tale grado di imprevedibilità da dare luogo a quello che, con formula particolarmente incisiva, è stato definito un sistema di "*jackpot justice*"²⁹¹. È

²⁸⁹ Il fenomeno di politicizzazione in questione è descritto efficacemente in DANIELS, MARTIN, *Myth and Reality in Punitive Damages*, in 15 *Minn. L. Rev.*, 1990, 1 ss., 9 ss.

²⁹⁰ Ma cfr. *contra* EISENBERG ET AL., *Juries, Judges, and Punitive Damages: an Empirical Study*, 87 *Cornell L. Rev.*, 2002, 743 ss., i quali dimostrano, dati statistici alla mano, come non esista alcuna evidenza empirica in base alla quale possa inferirsi che le giurie siano maggiormente prone a concedere risarcimenti punitivi o che liquidino a tale titolo somme più consistenti. L'impressione che il dato statistico sembra restituire è, invece, che non vi sia sotto tale aspetto significativa differenza tra giudici togati e giurie, nonostante tale affermazione non possa essere dimostrata con certezza, conoscendo i due organi giudicanti di diverse tipologie di controversie.

²⁹¹ Così SCHWARTZ, BEHRENS, MASTROSIMONE, *Reining in Punitive Damages "Run Wild" Proposals for Reform by Courts and Legislatures*, 65 *Brook. L. Rev.*, 1999, 1003 ss., 1004.

innegabile che ad alimentare la macchina mediatica abbiano ampiamente contribuito sentenze che hanno conquistato una fama che va ben al di là dei confini statunitensi, offrendo agli occhi esterefatti del pubblico mondiale e a quelli terrorizzati del pubblico interno cifre sensazionali liquidate a titolo di risarcimento punitivo, apparse davvero spropositate per un caffè servito a temperatura troppo elevata²⁹² o per un'autovettura riverniciata²⁹³.

Il movimento di riflessione in parola ha prodotto i propri frutti su due fondamentali fronti: sul versante "costituzionale", a partire dal 1989, la Corte Suprema federale ha intrapreso un'opera di revisione della disciplina statale in materia di *punitive damages*, giungendo, a piccoli passi e lungo un percorso che si snoda in 8 sentenze, a definire i limiti "esterni" cui la prima deve conformarsi²⁹⁴.

Sul versante della disciplina statale, si è assistito al moltiplicarsi degli interventi limitativi nei confronti dell'istituto, venendosi a definire, in molti Stati, dei "limiti interni", conformati secondo tre modelli fondamentali: la fissazione di un massimale del *quantum* del risarcimento punitivo; la definizione legislativa di un determinato rapporto *punitive damages/compensatory damages*, che rappresenti la proporzione massima che può sussistere tra i primi e i secondi nel singolo giudizio; l'istituzione di meccanismi legislativi volti ad assicurare la destinazione di una parte del *quantum* liquidato a titolo punitivo al settore pubblico.

Contemporaneamente si è assistito al moltiplicarsi degli studi di carattere empirico²⁹⁵, volti a valutare, con l'ausilio del dato statistico, la reale portata del quadro complessivo delle liti giudiziarie recanti condanna a risarcimenti punitivi, per verificare se esso corrispondesse all'immagine veicolata dalle cifre stellari liquidate in sentenze celeberrime.

Tali studi restituiscono un'impressione ben diversa.

²⁹² Il riferimento è al celebre caso *Liebeck v. McDonald's Restaurants, P.T.S., Inc.*, No. D-202 CV-93-02419, 1995 WL 360309 (Bernalillo County, N.M. Dist. Ct. August 18, 1994), su cui v. GERLIN, *A Matter of Degree: How a Jury Decided That One Coffee Spill Is Worth \$ 2.9 Million*, *Wall St. J. Europe*, 1994, 1. Nel caso in questione una giuria del New Mexico concesse un risarcimento di 160.000 dollari in *compensatory damages* e 2,7 milioni di dollari in *punitive damages* all'attrice ottantunenne, che aveva sofferto di serie ustioni dopo essersi accidentalmente versata addosso parte del contenuto del bicchiere di caffè acquistato presso un McDonald's (specificamente si trattava di un punto vendita che distribuiva viveri e bevande ai clienti a bordo delle loro auto tramite una finestra). L'attrice, prima di agire in giudizio, aveva richiesto alla nota multinazionale nel campo della ristorazione il pagamento dei conti sanitari pari ad 11.000 dollari. McDonald si era rifiutata e di conseguenza venne citata in giudizio.

Al processo risultò, non soltanto che effettivamente McDonald's distribuiva caffè a temperatura più alta rispetto ai concorrenti, ma anche che la nota multinazionale aveva in precedenza ricevuto più di 700 reclami simili e per tale ragione fu ritenuto che essa avesse scelto di non mutare la propria politica aziendale sul punto, pur consapevole dei seri rischi per la salute dei consumatori di caffè. Ad ogni modo, la Corte di primo grado ridusse l'ammontare liquidato dalla giuria a titolo punitivo alla cifra di 480.000 dollari.

²⁹³ *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996), su cui v. *infra* par. 4.

²⁹⁴ Sul punto v. *infra* par. 4.

²⁹⁵ Per una prima ricognizione della letteratura in questo campo v. i contributi citati da SEBOK, *Punitive damages from myth to theory*, cit., nt 19.

Dagli stessi emerge, infatti, al di là delle cifre sensazionalistiche²⁹⁶, un quadro ben più moderato, nell'ambito del quale il danno punitivo appare lungi dal costituire il motore di una crisi della responsabilità civile, in grado di menomare la capacità di progresso della società, a causa di paventati fenomeni di fuga in pratiche difensive da parte delle imprese operanti sul mercato. Il dato indiscusso che sembra emergere consiste, infatti, nella negazione della premessa alla base dei movimenti di riforma refrattari all'istituto dei *punitive damages*: e cioè che il meccanismo che presiede all'amministrazione dell'istituto sia fuori controllo.

Se si prendono in considerazione tre diverse variabili, quali la frequenza delle condanne a danni punitivi, l'ammontare liquidato e il grado di prevedibilità delle somme che verranno liquidate, in nessun caso il sistema di amministrazione del risarcimento punitivo appare "fuori controllo".²⁹⁷

Con riferimento alla frequenza con cui nell'ambito dei processi civili si addiuce ad una condanna a risarcimento punitivo, ad esempio, la letteratura in materia riferisce che ciò avviene in un numero abbastanza modesto di casi²⁹⁸ e che le due aree della responsabilità medica e della responsabilità del produttore, contrariamente a quanto ci si aspetterebbe, sono quelle che registrano complessivamente la minore frequenza di condanne a risarcimenti punitivi²⁹⁹. Al contrario, le aree del contenzioso maggiormente inflazionate sotto questo profilo sono quelle dei cd. *intentional torts*³⁰⁰, che rappresentano il nucleo originario di illeciti nell'ambito dei quali ha preso corpo la dottrina del danno punitivo, seguite dall'area della diffamazione a mezzo stampa e dai cd. *financial torts*³⁰¹.

Anche sotto il profilo dell'ammontare liquidato, i dati statistici sembrano smentire la premessa del carattere incontrollabile dei *punitive damages*, tendendo invece a dimostrare come, squarciando il velo delle cifre sensazionalistiche riferibili ad una manciata di sentenze, si riveli una realtà sommersa caratterizzata da altre recanti condanne ben più modeste³⁰². Anche la tesi che il *quantum* dei risarcimenti

²⁹⁶ Cfr. JOHNSTON, *Punitive Liability: A New Paradigm of Efficiency in Tort Law*, 87 Colum. L. Rev., 1987, 1385 ss., 1388, il quale osserva che a dispetto dei risultati provenienti dai numerosi studi empirici sul punto, la casistica spettacolare ha finito per simboleggiare l'idea che il sistema di responsabilità civile americano sia al centro di una profonda crisi.

²⁹⁷ Per una disamina approfondita degli studi empirici in questione e per un'analisi critica degli stessi cfr. SEBOK, *Punitive damages from myth to theory*, cit., 962 – 976.

²⁹⁸ Cfr. SEBOK, op. ult. cit., 964 – 965, il quale riferisce che in base al dato risultante da sei diversi studi in materia, riferiti al periodo che va dal 1985 in poi, giudici e giurie hanno complessivamente accordato un risarcimento punitivo in una percentuale di casi che, a seconda dello studio considerato, va dal 2% al 9% dei casi.

²⁹⁹ Cfr. la letteratura citata da SEBOK, op. ult. cit., nt. 24.

³⁰⁰ Ad esempio, battery, assault, false imprisonment.

³⁰¹ SEBOK, op. ult. cit., 967.

³⁰² Cfr. Id., 970 -971, il quale riferisce che da studi riguardanti la casistica degli anni '80 e degli anni '90 emerge che la mediana (e cioè il dato che si colloca al centro di un elenco di numeri disposti in senso ordinale) dei risarcimenti punitivi per anno si colloca ad un livello molto più modesto rispetto al dato medio (ottenuto sommando il valore di tutti i risarcimenti punitivi e dividendo il risultato per il numero dei risarcimenti) relativo allo stesso anno: su tale secondo dato pesano, infatti, i pochi risarcimenti di ammontare stellare che vengono saltuariamente registrati.

punitivi sia caratterizzato da un fenomeno di crescita continua, sembra smentita sia in termini di valore assoluto sia con riferimento al rapporto *punitive damages:compensatory damages*, che nella maggior parte dei casi la letteratura riferisce aggirarsi su un valore inferiore all'unità³⁰³.

Infine, alla luce del dato empirico, risulta fortemente ridimensionato anche il timore che il giudizio in materia di danni punitivi sia totalmente casuale, in quanto privo di criteri prestabiliti che rendano il *quantum* liquidato ragionevolmente prevedibile *ex ante* e altrettanto ragionevolmente controllabile *ex post*: l'ammontare liquidato a titolo punitivo è funzione di una serie di fattori, tra cui il risarcimento compensativo, il tipo di fattispecie, il luogo in cui viene trattata la causa.³⁰⁴

Le considerazioni che precedono, naturalmente, non vogliono sottintendere che la disciplina del risarcimento punitivo non presenti zone d'ombra o che, chiariti i reali confini del fenomeno, esso non meriti di essere oggetto di considerazione in chiave critica. Anzi, è soltanto dopo che siano state messe da canto le suggestioni e le strumentalizzazioni provenienti dal dibattito politico e mediatico e che siano state chiarite le reali proporzioni del fenomeno che è possibile analizzare l'istituto da un punto di vista genuinamente giuridico, concentrandosi sulla sua ragion d'essere sul piano teorico e sulle implicazioni che ciò produce sul piano pratico.

E d'altronde, quelli che sopra sono stati definiti come casi sensazionali non possono nemmeno essere accantonati *sic et simpliciter* come meri fenomeni occasionali: è evidente, infatti, che di fronte a casi limite come quelli in questione il giurista non possa sottrarsi alla riflessione sulle loro conseguenze in termini di giustizia e sulla opportunità di pervenire alla definizione di adeguati meccanismi di controllo che impediscano che la singola vicenda giurisdizionale possa divenire ostaggio di vaghi ideali di giustizia redistributiva interpretati da giurie poco attrezzate per questo scopo.³⁰⁵

Per esempio, la mediana dei danni punitivi liquidati nel 1992 è pari a 50.000 \$, mentre il dato medio per lo stesso anno è pari a 735.000 \$: ciò illustra l'effetto prodotto dai rari risarcimenti multimilionari. Ed infatti, nonostante il dato medio sia pari a 735.000 \$, più del 75 % di tutti i risarcimenti punitivi liquidati nel corso di quell'anno ammontano a meno di 2/3 di tale cifra. I dati sono tratti da uno studio del Dipartimento di Giustizia DEFRANCES ET AL., U.S. Dep't of Justice, doc. no. Ncj-154346, *Civil Jury Cases And Verdicts In Large Counties* 6 (1995).

³⁰³ Cfr. EISENBERG, LAFOUNTAIN, OSTROM, ROTTMAN, WELLS, *Juries, Judges, and Punitive Damages: an Empirical Study*, cit., 754.

³⁰⁴ EISENBERG ET AL., *The Predictability of Punitive Damages*, in 26 *J. Leg. Stud.*, 1997, 623 ss., 647 – 649.

³⁰⁵ Come esattamente rilevato dalla Corte Suprema federale nel caso *Exxon Shipping Co., Et Al., Petitioners v Grant Baker, et al.*, 554 U.S. 471, 597 ss., nonostante, come evidenziato da numerosi studi, vi sia un rapporto numerico pressoché costante tra *punitive damages* e *compensatory damages*, i primi rimangono imprevedibili *ex ante* per via della presenza di casi limite che si distanziano di gran lunga dalla generalità dei casi, influenzando, come visto nelle precedenti note, il dato medio relativo al *quantum* liquidato a titolo di *punitive damages*.

2. L'an del risarcimento punitivo³⁰⁶

Il paragrafo 908 del *Restatement (second) of Torts*³⁰⁷ definisce il danno punitivo nei seguenti termini:

«(1) *Punitive damages are damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and to deter him and others like him from similar conduct in the future.*

(2) *Punitive damages may be awarded for conduct that is for conduct that is outrageous, because of the defendant's evil motive or his reckless indifference to the rights of others, in assessing punitive damages, the trier of fact can properly consider the character of the defendant's act, the nature and extent of the harm to the plaintiff that the defendant caused or intended to cause and the wealth of the defendant.*».

Dalla definizione emergono alcuni dati fondamentali: dal punto di vista ontologico, essa con formulazione in termini negativi, distingue il danno punitivo dai *compensatory damages* e dai *nominal damages*, sottolineandone la natura supracompensativa; sotto il profilo funzionale³⁰⁸, la definizione fa riferimento alle classiche nozioni di punizione e deterrenza. Il secondo comma enuncia il fondamentale requisito che sul piano sostanziale presiede alla selezione delle fattispecie nelle quali è ammesso il rimedio dei *punitive damages*: si tratta dell'elemento soggettivo della condotta illecita.

³⁰⁶ La disciplina statale in materia di danni punitivi è oltremodo varia. Alcuni Stati adottano politiche particolarmente restrittive. Lo Stato del Nebraska ha bandito del tutto i *punitive damages* ritenuti contrari all'ordine costituzionale interno (*Distinctive Printing & Packaging Co. v. Cox*, 232 Neb.846, 857, 443 N.W.2d 566, 574 (1989)); quattro Stati consentono il risarcimento punitivo soltanto su espressa previsione legislativa, si tratta di Louisiana, Massachusetts, Washington e New Hampshire (*v. Ross v. Conoco, Inc.*, 02-0299, p 14 (La. 10/15/02), 828 So. 2d 546, 555; *Flesner v. Technical Communications Corp.*, 410 Mass. 805, 813, 575 N.E.2d 1107, 1112 (1991); *Fisher Properties, Inc., v. Arden-Mayfair, Inc.*, 106 Wn. 2d 826, 852, 726 P.2d 8, 23 (1986); N. H. Rev. Stat. Ann. § 507:16 (1997)); le Corti del Michigan attribuiscono al risarcimento unicamente funzione compensativa (cfr. *Peisner v. Detroit Free Press, Inc.*, 104 Mich. App. 59, 68, 304 N.W.2d 814, 817 (1981)); in Connecticut le Corti limitano la funzione del risarcimento punitivo alla copertura delle spese processuali, inclusive degli onorari spettanti all'avvocato (cfr. *Larsen Chelsey Realty Co. v. Larsen*, 232 Conn. 480, 517, n. 38,656 A.2d 1009, 1029, n. 38 (1995)).

³⁰⁷ Pur nella consapevolezza della natura dei *Restatements* come pubblicazioni private, le cui soluzioni non acquistano valore vincolante se non previa incorporazione nei *dicta* delle Corti, si propone qui la definizione del paragrafo 908, giacché essa efficacemente riassume la posizione della maggioranza degli Stati in materia di *punitive damages*. Sulla natura, sulle origini storiche e modalità con cui i *Restatements* interagiscono all'interno della realtà giuridica statunitense v. MATTEI, *Common Law. Il diritto-angloamericano*, Torino, 1992, 289 ss.

³⁰⁸ Si tratta di un profilo che è già stato oggetto di analisi, si rinvia pertanto al capitolo primo, paragrafo tre.

La condotta idonea ad attrarre su di sé una condanna al risarcimento punitivo viene definita come “*outrageous*”³⁰⁹. Si tratta, cioè, di una condotta che si distanzia rispetto allo *standard* richiesto dall’ordinamento in misura tale da apparire scandalosa, oltraggiosa e caratterizzata, sotto il profilo soggettivo, da uno stato mentale oscillante tra il dolo intenzionale, inteso come volontà di arrecare il danno, e la volontaria assunzione del rischio del danno dimostrativa della assoluta indifferenza dell’attore per l’altrui posizione giuridica.

La definizione, infine, elenca tre principali fattori che guidano la discrezionalità del giudice o della giuria nella determinazione del danno punitivo: la gravità della condotta illecita; la natura e l’ampiezza del danno attuale o potenziale derivante dalla stessa; la situazione economico-patrimoniale del danneggiante.

Delle condizioni la cui prova deve essere offerta in giudizio affinché sia consentito l’accesso al risarcimento punitivo (si tratta dei profili che attengono all’*an* del risarcimento punitivo) ci si occuperà nel corso di questo paragrafo, mentre il successivo sarà dedicato alla disamina dei principali fattori che intervengono in sede di determinazione.

Come già si è avuto modo di accennare, il risarcimento punitivo è rimedio discrezionale: sicché quand’anche l’attore abbia provato in giudizio uno o più requisiti tra quelli alla base di una condanna al risarcimento punitivo, non ha diritto ad ottenerla potendo ben la giuria ritenere che, considerate le circostanze del caso, il rimedio non sia appropriato.³¹⁰

Inoltre, il rimedio si caratterizza come *extrema ratio*, nel senso che esso in quanto sanzione di rilevante onerosità entra in gioco solo in casi particolarmente gravi.

Le Corti esprimono questo concetto quando affermano che il rimedio “*is not favored by law*”³¹¹.

Caratteristiche della condotta illecita ed elemento soggettivo. Affinché vi sia condanna al risarcimento punitivo è necessario che la condotta del convenuto si caratterizzi, sotto il profilo oggettivo, per la sua eccezionale gravità, nel senso che essa si discosti in modo flagrante dalle regole di comportamento imposte dall’ordinamento e che, sotto il profilo soggettivo, ad essa si accompagni uno

³⁰⁹ Cfr. *Oxford dictionary of US English*, ove si riferisce che l’etimologia del termine è da rivenirsi nel francese arcaico “*outrage*”, “eccesso”.

³¹⁰ Si vedano i casi citati al paragrafo 1 del primo capitolo, in nota.

³¹¹ *McKinnon v. Kwong Wah Restaurant*, 83 F.3d 498, 34 Fed. R. Serv. 3d 445 (1st Cir. 1996); *Brandon v. Anesthesia & Pain Management Associates, Ltd.*, 277 F.3d 936 (7th Cir. 2002); *Hemenway v. Peabody Coal Co.*, 159 F.3d 255 (7th Cir. 1998); *VECO, Inc. v. Rosebrock*, 970 P.2d 906 (Alaska 1999); *Griff, Inc. v. Curry Bean Co., Inc.*, 138 Idaho 315, 63 P.3d 441 (2003); *Mississippi Power & Light Co. v. Cook*, 832 So. 2d 474 (Miss. 2002); *Picard v. Barry Pontiac-Buick, Inc.*, 654 A.2d 690 (R.I. 1995); *Alexander v. Meduna*, 2002 WY 83, 47 P.3d 206 (Wyo. 2002).

Cfr. sul punto, Corte Suprema degli Stati Uniti, *State Farm Mut. Autom. Ins. Co. v Campbell*, 538 U.S. 408, 418: «*It should be presumed a plaintiff has been made whole for his injuries by compensatory damages, so punitive damages should only be awarded if the defendant's culpability, after having paid compensatory damages, is so reprehensible as to warrant the imposition of further sanctions to achieve punishment or deterrence*».

stato mentale che, sul piano morale, è indicativo dell'alto grado di colpevolezza del convenuto e, sul piano giuridico, è qualificabile in termini di mala fede³¹². Come rilevato in dottrina³¹³, in genere la Corti tendono ad occuparsi unitariamente di tali due requisiti, concentrandosi in special modo sull'aspetto soggettivo della condotta. A tal proposito, è possibile ricondurre la varietà linguistica delle espressioni utilizzate dalle Corti in senso descrittivo della condotta illecita idonea ad attrarre un risarcimento punitivo nell'ambito di tre classi: la condotta dolosa (*intentional harm*)³¹⁴; la condotta caratterizzata dalla consapevole assunzione di un rischio (*intentional risk taking*)³¹⁵; la condotta caratterizzata da colpa grave o gravissima (*gross negligence*).³¹⁶

³¹² La traduzione in termini di "mala fede" nel linguaggio giuridico italiano delle espressioni utilizzate all'interno della giurisprudenza americana per descrivere lo stato soggettivo del danneggiante (*malicious, reckless, oppressive, evil, wicked, showing flagrant indifference to the rights of others.*) si rinviene in PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. Dir. Civ.* 1983, I, 435 ss., 438.

DOBBS, *Law of Remedies*, cit., 463 ss., elenca, a titolo esemplificativo, una vasta gamma di condotte, riportando la relativa casistica, cui si fa rinvio, idonee ad attrarre una condanna a risarcimento punitivo: ipotesi di responsabilità professionale, casi di illecito trattamento di rifiuti tossici, fattispecie di responsabilità da prodotti (a partire dalla metà degli anni '70), violazioni di diritti civili e costituzionali; a partire dagli anni '80 si assiste ad un aumento della casistica in materia di *economic torts* (illecite interferenze in rapporti contrattuali, licenziamenti illeciti, comportamenti illeciti da parte delle compagnie assicurative nella gestione dei rapporti con gli assicurati, in violazione del dovere di buona fede).

³¹³ DOBBS, *Law of remedies*, cit., 468, il quale osserva, a tal proposito, che nonostante vi sia una chiara distinzione tra l'aspetto oggettivo della condotta illecita, identificantesi con la sua particolare gravità, e quello soggettivo, che investe, invece, lo stato mentale dell'autore, le Corti tendono a considerare unitariamente i due requisiti, richiedendo, ad esempio, che la condotta illecita sia "*malicious*", trasfigurando, così, nell'aspetto oggettivo della condotta una caratterizzazione che attiene invece al piano soggettivo. Probabilmente, ciò deriva dalla circostanza che il giudice (o la giuria) non ha altro modo di accertare l'aspetto subiettivo della condotta illecita se non affidandosi ad elementi percepibili all'esterno, primo fra tutti la caratterizzazione oggettiva della condotta, su cui l'aspetto soggettivo non fa che proiettarsi. Di qui, la considerazione unitaria delle due componenti, soggettiva ed oggettiva, cumulativamente richieste.

³¹⁴ Tale prima caratterizzazione della condotta sul piano soggettivo è indicata nel linguaggio delle Corti come *intentional, ill will* o *malicious*. Le Corti, talora, declamano la regola secondo cui la condanna al risarcimento punitivo richiede l'accertamento del dolo in capo al convenuto, ma poi sembrano di fatto accontentarsi di un atteggiamento soggettivo meno grave, come l'indifferenza nei confronti dell'altrui diritto senza l'accertamento dell'attuale volontà di arrecare un danno: cfr. la giurisprudenza citata da DOBBS, *Law of remedies*, cit., 469, nt 4. Anche la distinzione tra *actual malice* e *malice in law* sembra annacquare il requisito in questione. Ed infatti, sotto l'etichetta della *legal malice*, le Corti accettano come idonea a dar luogo a risarcimento punitivo una condotta dalla cui caratterizzazione oggettiva emerga l'indifferenza per l'altrui posizione giuridica, senza accertamento di un'attuale intenzione di nuocere. Cfr. *Cedar Falls Bldg. Center, Inc. v. Vietor*, 365 N.W.2d 635 (Iowa Ct. App.), 1985: «*the improper act warranting a finding of legal malice must be of a nature such as to negative any inference of feeling toward the person injured, and is in fact consistent with a complete indifference on the part of the defendant*». Sulla predetta distinzione, con riferimento alla materia del danno punitivo, cfr. 22 *Am. Jur. 2nd*, § 262.

Il risarcimento punitivo è condizionato dalla prova di uno stato soggettivo di *actual malice* in Ohio: *Rice v. Certain Teed Corp* (1999), 84 Ohio St.3d 417, 422, 1999 Ohio 361, 704 N.E.2d 1217;

³¹⁵ Quanto alle espressioni usate dalle Corti per definire questa seconda classe di condotte, esse utilizzano formule linguistiche come *wanton, flagrant indifference to the safety of others, reckless*.

Quasi tutte le giurisdizioni statali³¹⁷ riconoscono come idonee a dar luogo ad una condanna punitiva condotte rientranti nelle prime due classi menzionate. La differenza che passa tra le stesse è quella che passa tra una condotta animata da dolo (intenzionale o diretto), cioè proiettata verso la realizzazione dell'evento dannoso e la condotta di chi, consapevole dell'alta probabilità che da essa potrà derivare un danno, agisce anche a costo del suo verificarsi.

La linea di confine tra le due tipologie, pur chiara in teoria, non sempre risulta di facile individuazione nella pratica. Esempio classico del secondo tipo di condotte è quello del produttore che metta sul mercato un prodotto che pone seri rischi per la sicurezza dei consumatori: a condizione che egli sia consapevole del rischio e che agisca ugualmente accettandolo, la sua condotta potrà essere valutata meritevole della condanna al risarcimento del danno punitivo.³¹⁸

La terza tipologia di condotte implica uno stato mentale di gravità ancora inferiore rispetto alla seconda, caratterizzandosi la *gross negligence*³¹⁹ come una forma di colpa gravissima, intesa come scostamento talmente evidente dallo *standard* di condotta richiesto dall'ordinamento da far sì che la condotta sia parificata, *quoad effecta*, alla condotta intenzionale³²⁰. La distinzione rispetto alla seconda classe di condotte diviene, evidentemente, ancora più labile. Tant'è che spesso, pur

Si tratta, in altre parole, di quella che è stata efficacemente definita come "*I don't care attitude*" (*Porter v. Turner*, 954 A.2d 308, Del. 2008). Cfr. la definizione della locuzione "*reckless conduct*" offerta dal *Restatement (third) of Torts, Liability for Physical and Emotional Harm*, § 2:

«A person acts with recklessness in engaging in conduct if:

(a) the person knows of the risk of harm created by the conduct or knows facts that make that risk obvious to anyone in the person's situation, and

(b) the precaution that would eliminate or reduce that risk involves burdens that are so slight relative to the magnitude of the risk as to render the person's failure to adopt the precaution a demonstration of the person's indifference to the risk».

³¹⁶ Cfr. DOBBS, *Law of remedies*, cit., 468 ss.

³¹⁷ Cfr. *ex multis*, *Roberts v. Pierce*, 398 F.2d 954, 957 (C.A.5, 1968): «if the wrongful conduct is intentional or if it results from such gross disregard for the rights of the complaining party as to amount to willfulness on the part of the wrongdoer»; *Sistrunk & Co. v. Meisenheimer* 205 Ky. 254; 265 S.W. 467: «in order to justify the assessment of such damages there must be the element either of malice or willfulness, of such an utter and wanton disregard of the rights of others as from which it may be assumed he was acting either maliciously or wilfully»; *Sebastian v. Wood*, 246 Iowa 94; 66 N.W.2d 841, recante un'approfondita disamina del *case law* dello Stato dello Iowa, in base al quale la *malice* non è requisito necessario per la concessione del rimedio dei *punitive damages*, essendo sufficiente la prova del requisito soggettivo di minore gravità consistente nell'avere il convenuto agito con "*wanton disregard of the rights and safety of others*".

³¹⁸ Cfr. DOBBS, op. ult. cit., 470.

³¹⁹ ELLIS, *Fairness and Efficiency*, cit., 36- 37, definisce la *gross negligence* come qualcosa di diverso rispetto alla *negligence*, come segnalato dall'epiteto "*gross*", ma al contempo diversa dalla *recklessness*: la condotta si caratterizza come *gross negligent* quando il rischio di danno prevedibile supera il costo delle misure precauzionali volto ad evitarlo e il margine che separa i due valori monetari è maggiore di quanto avviene nel caso di condotta negligente ma minore rispetto al margine che caratterizza la condotta *reckless*. L'A. sottolinea come le Corti spesso ne facciano uso indicando uno stato soggettivo non diverso da quello rientrante nella seconda classe di atteggiamenti soggettivi descritta nel testo sicché, in definitiva, esso si rivela fuorviante.

³²⁰ Molti Stati escludono che la *gross negligence* possa bastare per una condanna al risarcimento punitivo: si vedano i casi citati in *Am. Jur. 2nd* § 564.

qualificando la condotta di parte convenuta in termini di colpa gravissima, le Corti finiscono per richiedere un atteggiamento soggettivo di gravità maggiore, esigendo la prova di un certo grado di mala fede, intesa come consapevolezza attuale³²¹ almeno del rischio che la propria condotta impone per la sfera giuridica altrui.³²²

Non può, qui, non rilevarsi un punto critico spesso additato con riguardo alla dottrina del danno punitivo.

La terminologia utilizzata dalle Corti per definire la condotta meritevole del risarcimento punitivo appare oltremodo vaga: termini come *malice*, *wilful*, *wanton*, *conscious indifference*, *reckless* sono talmente elastici da ricomprendere al loro interno una notevole varietà di connotazioni soggettive che una condotta può assumere, senza che ne sia fornita alla generalità dei consociati previa conoscibilità legale.

Peraltro, mentre le condotte di cui alla prima classe, in quanto intenzionali, si caratterizzano per un alto grado di repressibilità e appare, quindi, giustificabile il ricorso al risarcimento punitivo in base ad esigenze di retribuzione, più ci si sposta lungo lo spettro di condotte verso quelle ricomprese nella terza classe, più viene meno la giustificabilità in tali termini dell'imposizione del risarcimento punitivo.³²³

Ulteriori fattori che incidono sull'an del risarcimento punitivo. Quella volta ad ottenere la condanna al risarcimento punitivo non è azione autonoma ma si rivela parassitaria rispetto all'azione principale. Da ciò consegue che l'attore, al fine di ottenere la condanna del convenuto al risarcimento punitivo, deve prima promuovere una valida azione volta al perseguimento di un rimedio diverso ed ulteriore. A tal fine, alcune giurisdizioni considerano sufficiente che nella causa principale l'attore abbia provato il proprio diritto anche solo al risarcimento dei cd. *nominal damages*, altre invece richiedono che vi sia stata previa condanna del convenuto ad una somma a titolo di *compensatory damages*; altre infine si accontentano della circostanza che l'attore abbia provato in giudizio la lesione di un interesse giuridicamente rilevante.³²⁴

Il risarcimento punitivo è generalmente escluso con riferimento al *breach of contract*. Sussistono alcune limitate eccezioni alla regola generale, la più rilevante consiste nella circostanza che la condotta costitutiva del *breach of contract* sia, in via indipendente, qualificabile come illecito extracontrattuale, in quanto essa si sostanzia in una violazione di un autonomo diritto dell'attore.³²⁵

Un fattore preclusivo della condanna al risarcimento punitivo degno di menzione, specialmente alla luce della marcata differenza che su tale punto l'ordinamento

³²¹ Sul punto v. *SHV Coal, Inc. v Continental Grain Co.*, 586 Pa. 489, 587 A.2d 702 1991.

³²² DOBBS, op. ult. cit., 472, specialmente nt. 25.

³²³ Cfr. ELLIS, op. loc. ult. cit., 34 ss.

³²⁴ Cfr. DOBBS, *Law of remedies*, cit., 512 ss.

³²⁵ Cfr. Am. Jur. 2nd, § 574 – 576.

americano esibisce rispetto all'ordinamento inglese, riguarda gli enti pubblici, in particolare, gli enti pubblici territoriali e lo Stato centrale e suoi organi³²⁶. Ed infatti, questi ultimi sono considerati immuni dalla responsabilità punitiva per fondamentali ragioni di *policy*: imporre un risarcimento punitivo in favore di tali soggetti significherebbe, in realtà, imporre sulle spalle dei contribuenti incolpevoli il pagamento di una somma aggiuntiva rispetto a ciò che è necessario per risarcire l'attore³²⁷.

3. Il *quantum* del risarcimento punitivo

Il giudizio discrezionale avente ad oggetto la determinazione del risarcimento punitivo è affidato, nei vari ordinamenti statali, ad una serie di fattori che fungono da guida per le giurie e la cui disamina sarà l'oggetto del presente paragrafo. Come accennato in precedenza, quello del *quantum* del risarcimento punitivo e della correlativa definizione di adeguati criteri in grado di contenere le somme liquidate dalle giurie entro limiti ragionevoli, rappresenta un punto dolente per il diritto dei vari Stati. I fenomeni sempre più ricorrenti di risarcimenti "stratosferici" liquidati in favore di attori in giudizio decisamente fortunati, uniti al *trend* in costante crescita del valore dei risarcimenti ordinariamente liquidati, hanno ingenerato negli operatori del diritto la percezione³²⁸ che il fenomeno fosse fuori controllo. D'altronde, la questione del *quantum* del risarcimento punitivo non riguarda soltanto il piano della corretta individuazione di adeguati criteri per la sua determinazione, essendo essa indissolubilmente legata al fenomeno dei *mass torts*, nell'ambito dei quali il danneggiante si trova di frequente esposto al rischio di molteplici condanne punitive per la medesima condotta illecita pluridannosa.

Al fine di arginare possibili derive, sono state messe in campo due diverse tipologie di correttivi.

Sul piano federale, la Corte Suprema degli Stati Uniti è intervenuta a fissare dei limiti cui, operando essi dall'esterno dei singoli ordinamenti statali, le relative discipline in materia di danni punitivi devono conformarsi. Si tratta della giurisprudenza, elaborata dalla Corte a partire dal 1989, che fissa i criteri in base ai quali valutare la conformità del risarcimento liquidato nel caso concreto alla fondamentale *due process clause* del xiv emendamento.

A livello statale, si è assistito ad una sperimentazione di discipline normative da parte dei singoli ordinamenti, sia al fine di pervenire alla individuazione di limiti quantitativi (in valore assoluto o in multipli del risarcimento compensativo) del

³²⁶ Per approfondimenti cfr. RUSTAD, *The Closing of Punitive Damages' Iron Cage*, in 38 *Loy. L. A. L. Rev.* 2005, 1297 ss., 1306 – 1307, ove è citata la legislazione e la dottrina sul punto.

³²⁷ Cfr. *ex multis*, *Ciraolo v. City of New York*, 216 F.3d 236

³²⁸ Sul punto v. par. 1.

risarcimento punitivo, sia al fine di arginare fenomeni responsabilità punitiva multipla.

Dei predetti limiti si dirà nei paragrafi immediatamente successivi, ai quali si rinvia per i profili che non vengono trattati di seguito.

La definizione offerta dal paragrafo 908 del *Restatement (second) of Torts* enuncia tre fondamentali criteri volti a guidare l'operazione di liquidazione del risarcimento punitivo: le caratteristiche della condotta illecita (su cui v. paragrafo precedente), la natura e l'ampiezza del danno attuale o potenziale effetto della condotta illecita, la situazione economica del convenuto.

Nella valutazione discrezionale in ordine al danno punitivo³²⁹ (sia sotto il profilo dell'*an* sia sotto quello del *quantum*) è necessario che l'organo deputato ad effettuare il giudizio sul fatto³³⁰ tenga conto di tutte le circostanze del caso concreto, compresi i motivi che hanno determinato il convenuto alla condotta, il tipo di relazione che lega le parti, eventuali condotte provocatorie da parte dell'attore, che agiscono in senso mitigativo. Si tiene conto, altresì, dell'eventuale profitto derivante dalla condotta illecita, sì da garantire che l'ammontare liquidato funga anche da strumento di retroversione dell'utile realizzato dal convenuto.³³¹ Ciò affinché la somma liquidata sia tale da rispondere alle specifiche esigenze di deterrenza nei confronti della condotta illecita specificamente oggetto del

³²⁹ Si veda ad esempio il caso *Green Oil Co. v. Hornsby*, 539 So. 2d 218, 223-24 (Ala. 1989), che per lo Stato dell'Alabama, fissa ad uso delle Corti i seguenti criteri di valutazione dei verdetti delle giurie sotto il profilo dell'eccessività, in sede di *motion for a new trial* o di *remittitur*:

«(1) *Punitive damages should bear a reasonable relationship to the harm that is likely to occur from the defendant's conduct as well as to the harm that actually has occurred. If the actual or likely harm is slight, the damages should be relatively small. If grievous, the damages should be much greater.*

(2) *The degree of reprehensibility of the defendant's conduct should be considered. The duration of this conduct, the degree of the defendant's awareness of any hazard which his conduct has caused or is likely to cause, and any concealment or 'cover-up' of that hazard, and the existence and frequency of similar past conduct should all be relevant in determining this degree of reprehensibility.*

(3) *If the wrongful conduct was profitable to the defendant, the punitive damages should remove the profit and should be in excess of the profit, so that the defendant recognizes a loss.*

(4) *The financial position of the defendant would be relevant.*

(5) *All the costs of litigation should be included, so as to encourage plaintiffs to bring wrongdoers to trial.*

(6) *If criminal sanctions have been imposed on the defendant for his conduct, this should be taken into account in mitigation of the punitive damages award.*

(7) *If there have been other civil actions against the same defendant, based on the same conduct, this should be taken into account in mitigation of the punitive damages award».*

Cfr. anche *CNH Am., LLC v. Ligon Capital, LLC*, 2013 Ala. LEXIS 157 (Ala. Nov. 8, 2013).

³³⁰ Giudice o giuria.

³³¹ V. anche *Reynolds v. Pegler*, 123 F. Supp. 36, 41 (S.D.N.Y. 1954) ove si fa riferimento alla necessità che il danno punitivo funzioni da fattore addizionale che l'agente tenga in conto nell'effettuare l'analisi costi benefici: in tal caso la somma dovrà essere «*of sufficient substance to 'smart' . . . the offender*».

giudizio.³³² Ancora, in molti Stati è consentito tenere conto delle spese processuali sostenute dall'attore che, in funzione compensativa³³³, vanno considerate nel calcolo del risarcimento punitivo.³³⁴

La situazione economica e patrimoniale del danneggiante. Considerazione a parte merita il criterio che consente di commisurare il *quantum* da liquidare a titolo di danno punitivo alla ricchezza di cui dispone il danneggiante.

Il criterio si rivela particolarmente controverso.

Ed infatti, se la sua ragion d'essere sembra risiedere nella circostanza che la ricchezza complessiva di un soggetto influenza la sua utilità marginale del denaro, sicché in sostanza la somma necessaria per punire adeguatamente un soggetto e scoraggiarlo credibilmente dal porre in essere condotte della stessa specie varia in funzione della sua situazione economica³³⁵, esso, non soltanto pare contravvenire al fondamentale principio di giustizia che proclama le parti uguali innanzi alla legge, restando irrilevante la loro posizione finanziaria o il loro *status* sociale, ma sembra particolarmente inefficace nei confronti di abusi, stante la sua ben immaginabile idoneità a sollecitare velleità redistributive.³³⁶

Ad ogni modo la regola è comunemente accettata dal *common law* degli Stati³³⁷, ma è costantemente affermato che il risarcimento punitivo non deve essere tale da determinare il fallimento del convenuto.³³⁸

Alcuni Stati limitano per via legislativa l'ammissibilità di evidenze probatorie concernenti la situazione economico-patrimoniale del convenuto, ammettendone l'introduzione soltanto in una fase processuale successiva a quella in cui siano emersi sufficienti elementi a supporto di un risarcimento punitivo³³⁹.

³³² Cfr. *Smith v. Miliken*, 247 Ga. 369, 276 S.E.2d 35 (1981): «*The amount, as measured by the enlightened conscience of an impartial jury, which would be required to deter future acts necessarily depends upon the facts of the particular case*».

³³³ Il danno punitivo svolge funzione esclusivamente compensativa delle spese di lite nello Stato del Connecticut: *Kelsey v. Connecticut State Emp. Ass'n*, 179 Conn. 606, 427 A.2d 420 (1980).

³³⁴ Cfr. *Restatement (second) of Torts*, par. 908, Comment, (e).

³³⁵ cfr. *BMW of North America v. Gore*, 517 U.S. 559, 590; *Hanover*, 464 A.2d 156, 159 (Me. 1983).

³³⁶ cfr. DOBBS, *Law of Remedies*, cit., 485; Ellis, *Fairness and Efficiency*, cit., 61.

³³⁷ Fanno eccezione Colorado e North Dakota unici due Stati che non ammettono che in giudizio siano introdotte evidenze probatorie concernenti la situazione economico-patrimoniale del danneggiante; cfr. Col. Rev. St. Ann. § 13-21-102(6) (1986); N.D. Cent. Code § 32-03.2-11(3) (1987); sul punto Sebok, *Punitive damages in the United States*, cit., 186.

³³⁸ *Daka, Inc. v. Breiner*, 711 A.2d 86 (D.C. 1998); *Darcars Motors of Silver Spring, Inc. v. Borzym*, 150 Md. App. 18, 818 A.2d 1159 (2003); *Dardinger v. Anthem Blue Cross & Blue Shield*, 98 Ohio St. 3d 77, 781 N.E.2d 121 (2002). Sul punto v. *BMW of North America v. Gore*, 517 U.S. 559, 590 – 591, ove si afferma che il criterio in parola non può mai funzionare come pretesto per accrescere il risarcimento punitivo o supplire alla carenza di altri fattori ben più rilevanti, come il grado di repressibilità della condotta, perché in questo caso la somma liquidata risulterebbe costituzionalmente illegittima.

³³⁹ Sul punto SEBOK, op. ult. cit., 186; RUSTAD, *The closing of the punitive damages' iron cage*, cit., 1315 – 1321. Ad esempio, nello stato dell'Iowa la ammissibilità di tale materiale probatorio è subordinato alla circostanza che siano introdotte in giudizio sufficienti ed ammissibili prove a supporto della domanda avente ad oggetto il danno punitivo (Iowa Code Ann. 668A.1(3) (1998)); in altre giurisdizioni, soltanto dopo che sia sufficientemente raggiunta la prova delle condizioni

4. Il processo costituzionale

Come anticipato, non è possibile considerare la disciplina del danno punitivo unicamente in base al diritto statale, giacché la materia è stata profondamente incisa dagli interventi della Corte Suprema federale la quale, chiamata a pronunciarsi sulla conformità del diritto degli Stati in materia di danni punitivi ad alcuni precetti contenuti nella Costituzione degli Stati Uniti, ha avviato e man mano raffinato una cornice giuridica federale cui i diritti statali sono chiamati a conformarsi.

Come è immaginabile, si tratta di una vicenda particolarmente complessa giacché essa è in grado di incidere sui delicati rapporti di equilibrio che intercorrono tra le giurisdizioni statali e quella federale. Ed infatti, l'istituto dei *punitive damages* è regolato dal diritto statale, in larga parte dal *common law*, per certi aspetti da disposizioni legislative; la giurisprudenza federale interviene in funzione di limite esterno: la disciplina del danno punitivo resta nel dominio del diritto statale, che però deve adottare regole giuridiche tali da impedire la liquidazione di risarcimenti punitivi “*grossly excessive*”, nel senso esplicitato dalle pronunce di cui ci si accinge a dire³⁴⁰.

Il primo caso nel quale la Corte fu chiamata a valutare la costituzionalità del risarcimento punitivo è *Browning-Ferris Indus. of Vt., Inc v Kelco Disposal*³⁴¹. In esso la disposizione invocata quale parametro del giudizio di costituzionalità fu la

che consentono il risarcimento punitivo è consentita l'introduzione di prove aventi ad oggetto la situazione economico-patrimoniale del danneggiante (Alabama: *So. Life & Health Ins. Co. v Whitman*, 358 So.2d 1025, 1026–27 (Ala.1978); California: Cal. Civ. Code 3295(d) (West 1997); Maryland: Md. Code Ann., Cts. & Jud. Proc. 10-913(a) (2002); Montana: Mont. Code Ann. 27-1-221(7) (2003); Nevada: Nev. Rev. Stat. Ann. 42.005(4) (Michie 2002); Oregon: Or. Rev. Stat. 30.925(2) (2003); Tennessee: *Hodges v S.C. Toof & Co.*, 833 S.W.2d 896, 901 (Tenn. 1992); and Utah: Utah Code Ann. 78-18-1(2) (2002 & Supp. 2004).

³⁴⁰ La Corte Suprema nelle pronunce che si stanno considerando non enuncia, dunque, una compiuta teoria del risarcimento punitivo, agendo soltanto in funzione di garante del rispetto della Costituzione da parte del *common law* statale; al contrario, nel caso *Exxon Shipping Co. v Baker*, 554 U.S. 471 (2008) la Corte elabora una compiuta teoria dei *punitive damages* da valersi per il diritto federale marittimo, sul quale appunto le Corti federali hanno giurisdizione per materia *ex art iii* della Costituzione. Sul punto, v. l'opinione del giudice Souter in *Exxon Shipping v Baker*, cit., 501-502. Cfr. anche SEBOK, *The U.S. Supreme Court Theory of Common Law Punitive Damages: an inauspicious start*, in NORDIN, MEURKENS, cit., 133.

³⁴¹ 492 U.S.257 (1989). Il caso riguardava dei comportamenti concorrenziali sleali posti in essere da una Società di smaltimento rifiuti di rilevanza nazionale nei confronti di un'azienda operante su base locale, al fine di estrometterla dall'area di mercato coinvolta e di monopolizzare quest'ultima tramite una politica di prezzi predatori. La Kelco disposal (l'azienda locale) agì in giudizio facendo valere la violazione della legge antitrust e l'illecita interferenza nei propri rapporti contrattuali da parte della Browning-Ferris. La Giuria condannò quest'ultima in primo grado a risarcire all'attrice 51.146 dollari in *compensatory damages* e 6 milioni di dollari in *punitive damages*. La Browning-Ferris cercò di ottenere il ribaltamento del giudizio, domandando alternativamente un giudizio *non ostante verdicto*, un nuovo processo o un *remittitur*. La Corte rigettò tali istanze. Allo stesso modo, l'appello proposto dalla Browning-Ferris fu rigettato.

cd. *excessive fines clause* dell'viii emendamento³⁴², che vieta l'imposizione di pene eccessive. La Corte si pronunciò nel senso della inapplicabilità della predetta disposizione costituzionale ad una somma di denaro liquidata a titolo di risarcimento in una causa civile, in base al fatto che in essa lo Stato non aveva alcun ruolo nella proposizione della domanda né alcun titolo ad una quota dell'ammontare liquidato.³⁴³ Come esattamente rilevato in dottrina³⁴⁴, il *dictum* della Corte recava un presupposto implicito e cioè che qualunque tipo di punizione venga veicolata dal risarcimento punitivo essa sia di natura diversa da quella "*state-sanctioned*" amministrata per mezzo del diritto penale, tant'è che il primo non attrae su di sé le garanzie tipicamente associate a quest'ultimo, tra cui, appunto, quella derivante dalla cd. *excessive fines clause*.

Nel rigettare questo primo tentativo di appiglio alla Costituzione con finalità limitativa del danno punitivo, la Corte lasciò, però, intravedere la possibilità che tale finalità potesse trovare conforto in una disposizione diversa, la *due process clause* del xiv emendamento³⁴⁵. Ed infatti, se pur la questione della compatibilità con la stessa del risarcimento punitivo risultasse preclusa, giacché essa non era stata sollevata nei precedenti gradi di giudizio, tanto l'opinione della Corte, tanto la *concurring opinion* del giudice Brennan lasciarono intendere che, qualora la

³⁴² «*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*».

³⁴³ Cfr. l'opinione della Corte, redatta dal giudice Blackmun, pag. 263. La Corte, che si esprime con maggioranza di sette a due, pur riconoscendo che il luogo elettivo di applicazione della *excessive fines clause* fosse il diritto penale, non affrontò la questione dell'esatto ambito di applicazione della stessa, non essendone la decisione necessaria per il giudizio, ma si limitò ad escluderne la applicabilità all'istituto del danno punitivo. Tale esclusione si basa per buona parte su una raffinata analisi di carattere storico, a dimostrazione del fatto che quella poteva essere considerata come l'antenata dell'*excessive fines clause* di cui all'viii emendamento e, cioè, l'analoga clausola contenuta nel *Bill of Rights* del 1689, non fu mai intesa dalle Corti inglesi come applicabile ai giudizi intervenuti nei processi civili e tra privati.

Tale argomentazione fu fortemente criticata dal giudice O' Connor, la quale fu l'unica ad esprimersi favorevolmente allo scrutinio costituzionale del danno punitivo in base all'viii emendamento, censurando al contempo l'eccessiva enfasi riposta dall'opinione di maggioranza sulla distinzione tra somme pagate allo Stato e somme pagate al privato attore in giudizio quale discrimine per l'applicazione della predetta norma costituzionale.

³⁴⁴ Sebok, *The U.S. Supreme Court Theory*, cit., 136.

³⁴⁵ La sez. 1 del xiv emendamento prevede:

«... nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; ...». La giurisprudenza della Corte Suprema Americana riconosce al principio del *due process* sia un contenuto squisitamente processuale, impedendo essa che gli Stati adottino nei confronti dei cittadini arbitrari provvedimenti senza adeguate garanzie processuali, sia un significato sostanziale, che richiede che i provvedimenti adottati dagli Stati siano conformi ad elementari principi di giustizia radicati entro la tradizione costituzionale statunitense. Questa seconda accezione della clausola del *due process* è tipicamente avversata dall'ala conservatrice della Corte Suprema. È sotto l'egida della *due process clause* sostanziale che la Corte Suprema ha riconosciuto protezione a fondamentali diritti costituzionali in casi giurisprudenziali divenuti celebri (cfr. *Pierce v. Soc'y of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925), sul diritto dei genitori ad educare i figli; *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), sul diritto delle coppie sposate all'uso dei contraccettivi; *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), sul diritto all'aborto). Sul terreno del danno punitivo, come esattamente rilevato dal giudice Breyer in *Philip Morris*, attengono al *due process* sostanziale le questioni che riguardano il carattere "*grossly excessive*" delle somme liquidate.

questione fosse stata adeguatamente proposta in futuro, essi volentieri l'avrebbero riconsiderata.

L'occasione di considerare la costituzionalità dei *punitive damages* alla luce del xiv emendamento non si fece attendere a lungo.

Ed infatti, ad appena due anni di distanza la Corte fu investita della cognizione sul caso *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*,³⁴⁶ nel quale le venne chiesto di sottoporre il risarcimento punitivo allo scrutinio della *due process clause*.

L'opinione della Corte, di nuovo redatta dal giudice Blackmun, appare alquanto vaga.³⁴⁷

La Corte mise a confronto quello che essa stessa definì il “metodo di *common law*” di decisione in ordine al risarcimento punitivo e la *due process clause* del xiv emendamento.

Il predetto “metodo di *common law*” constava, secondo la Corte, di due passaggi: la determinazione del risarcimento punitivo da parte di una giuria la quale è a tal fine istruita sulla necessità che la somma venga determinata in base alla gravità dell'illecito e commisurata alle necessità di deterrenza imposte dalla concreta condotta illecita *sub iudice*; adeguate procedure di revisione in primo ed in secondo grado che consentono di intervenire su verdetti che risultino di ammontare eccessivo³⁴⁸.

Tale metodo, in quanto profondamente radicato nella storia giuridica americana non poteva essere ritenuto *per se* incostituzionale³⁴⁹.

Ciò, però, al contempo, non garantiva che in alcuni casi la sottile linea della legittimità costituzionale non venisse, in concreto, oltrepassata.

³⁴⁶ 499 U.S. 1 (1991). Il caso riguardava una frode posta in essere da un agente assicurativo della Pacific Mutual Life (un tale Ruffin) ai danni di alcuni impiegati di un Comune dell'Alabama, i quali avevano sottoscritto dei contratti di assicurazione valendosi dell'intermediazione dell'agente. Ruffin si era appropriato nel corso di alcuni anni di somme destinate al pagamento di premi relativi a contratti di assicurazione sanitaria di cui era parte una Società assicurativa terza. Quest'ultima, non avendo ricevendo per un certo periodo il pagamento dei premi, aveva inviato comunicazione agli assicurati, i quali mai l'ebbero a ricevere in quanto Ruffin si guardò bene dal consegnare loro la missiva che era stata a lui recapitata affinché la consegnasse ai medesimi. Fu solo dopo circa un anno quando, a seguito di un ricevimento opedaliero, ad una dei clienti fu rifiutata la copertura assicurativa, che fu scoperta la frode. A quel punto, gli assicurati ingannati citarono in giudizio, insieme all'agente, la Pacific Mutual Life, di cui egli era dipendente, in base alla teorica del *respondeat superior*. La Corte liquidò in favore di Cleopatra Haslip, una degli attori, 1.040.000 dollari, quale somma complessiva a titolo di *punitive damages* e *compensatory damages*.

³⁴⁷ Cfr. ZIPURSKY, *A theory of punitive damages*, cit., 112. V. anche la *dissenting opinion* resa dal giudice Scalia ove si rileva come l'opinione di maggioranza, non offrendo alcuna guida concreta sul contenuto dei criteri cui i *punitive damages* debbono conformarsi per superare il vaglio del *due process*, non faccia altro che perpetuare l'incertezza che la concessione del *certiorari* da parte della Corte era volta a risolvere.

³⁴⁸ Sullo standard che presiede al sindacato del giudice sul verdetto delle giurie v. *infra* paragrafo 8.

³⁴⁹ La Corte a tal proposito, a pag. 15-17, cita una serie di casi risalenti al xix secolo, facenti tutti applicazione del predetto metodo, tra cui il celebre *Day v. Woodworth* 13 How. 363 (1852), del quale la Corte sottolinea la decisione prima dell'adozione del xiv emendamento.

Il principio di diritto affermato fu quello secondo cui un risarcimento punitivo è suscettibile di oltrepassare il limite di ciò che è costituzionalmente accettabile, alla luce della *due process clause*, qualora dall'analisi del diritto statale in materia e dalla considerazione di come esso sia stato applicato nel caso di specie, emerga che la discrezionalità attribuita al giudice o alla giuria nella fissazione del risarcimento punitivo non sia adeguatamente guidata da criteri muniti di un certo grado di oggettività o che il diritto processuale statale non offra adeguati strumenti per sottoporre a revisione l'ammontare liquidato, consentendo al convenuto di contestarne l'eccessività.

La Corte, a questo punto, passò ad applicare il principio di diritto appena confezionato al caso oggetto di cognizione.

Pur trovandosi di fronte ad una somma liquidata a titolo punitivo che ammontava a più del quadruplo del risarcimento compensativo e che superava l'ammontare delle spese sanitarie sostenute dall'attrice di più di 200 volte, la Corte affermò che essa non superava la linea dell'incostituzionalità, giacché risultava ancorata a dei "criteri oggettivi". Tali criteri, a giudizio della Corte, emergevano dalle istruzioni date alla giuria in primo grado³⁵⁰ e dagli elementi che, secondo il diritto dell'Alabama, presiedevano al giudizio di revisione *post-verdictum*³⁵¹, i quali garantivano che il danno punitivo fosse ragionevolmente collegato alla gravità della condotta e al *quantum* liquidato a titolo compensativo.

Come accennato in precedenza, per la estrema elasticità del linguaggio adottato, la sentenza si espone a facili critiche.

Ed infatti, come già rilevato nelle stesse opinioni espresse da altri membri del Collegio³⁵², il riferimento a criteri oggettivi non è accompagnato dalla definizione

³⁵⁰ Le istruzioni formite alla giuria in primo grado risultavano, invero, particolarmente scarse. Il giudice, dopo avere ricordato ai giurati che i *punitive damages* non sono volti a compensare l'attore ma a proteggere la collettività scoraggiando il convenuto e altri da azioni simili in futuro, li istruì sui criteri da adottare nella determinazione del *quantum*, una volta risolta la questione dell'*an*: il tipo di illecito e il suo grado di offensività, come risultante dal quadro probatorio, le necessità di deterrenza nei confronti di illeciti dello stesso tipo.

³⁵¹ Si tratta dei criteri enunciati nel caso *Green Oil Co. v. Hornsby*, 539 So. 2d 218, 223-24 (Ala. 1989) e riportati alla nota 328.

³⁵² Si è già fatto riferimento alle critiche in tal senso del giudice Scalia; si veda anche l'opinione del giudice O'Connor, che sembra raccogliere l'appello dei ricorrenti alla sentenza *Giaccio v. Pennsylvania*, 382 U.S. 399 (1966). In *Giaccio* fu affermato che se la *due process clause* protegge i consociati da oneri su essi imposti dallo Stato, consentendoli soltanto quando ciò sia conforme alle *valids laws of land*, presupposto implicito di tale principio è che le regole di diritto siano formulate in modo sufficientemente chiaro e comprensibile tale da rendere certa quale sia la norma che le Corti devono applicare. Il giudice O'Connor sottolineò come le istruzioni di cui, secondo il diritto dell'Alabama, la giuria disponeva per la decisione in ordine ai *punitive damages* fossero oltremodo vaghe, tanto da attribuirle una illimitata libertà decisionale più che un potere discrezionale; per tale ragione, secondo il giudice, esse costituivano un caso di scuola di "*void for vagueness*" standard. Diversamente poteva, invece, dirsi, secondo il giudice, per i criteri preposti alla revisione *post verdictum* e al controllo nei gradi successivi di giudizio, di cui al caso *Hornsby*, che seppur munite di sufficiente precisione, non bastavano a rendere costituzionalmente accettabile la procedura dell'Alabama, in quanto esse intervenivano soltanto in un momento

del loro contenuto³⁵³. In sostanza, la sentenza pare affermare timidamente la possibilità che un risarcimento punitivo di eccessivo ammontare si riveli incostituzionale ma senza offrire alcuna guida agli interpreti futuri sulle condizioni al ricorrere delle quali tale circostanza si verifichi.

La linea argomentativa della Corte rimane pressoché identica nel terzo caso della saga, *Txo Production Corp., v Alliance Resources Corp., Et Al.*³⁵⁴

In esso la Corte, rifiutando di accogliere il suggerimento del ricorrente volto a munire di contenuto i “criteri oggettivi”³⁵⁵, preferì passare al vaglio il “metodo di *common law*” in uso in West Virginia per il giudizio in materia di danni punitivi per valutarne la compatibilità con la *due process clause*. La conclusione fu che, essendo il procedimento decisionale in materia di *punitive damages* ancorato a criteri di carattere oggettivo, sia nella fase innanzi alla giuria³⁵⁶, sia in quelle di revisione successive, esso non violava i dettami del xiv emendamento.³⁵⁷

successivo, laddove alla Corte era consentito valutare unicamente se l’ammontare liquidato risultasse talmente eccessivo da risultare irragionevole.

³⁵³ Cfr. SEBOK, op. ult. cit., 137.

³⁵⁴ 509 U.S. 443 (1993). Il caso originava dalla acquisizione da parte di TXO del diritto di sfruttare un determinato sito di proprietà della Alliance, al fine di estrarne petrolio e gas naturale. Quest’ultima acconsentiva a cedere il predetto diritto verso il pagamento di una certa somma per acro più consistenti *royalties* sui guadagni ottenuti dallo sfruttamento delle risorse estratte. Il contratto conteneva una clausola a mente della quale TXO si riservava il diritto di ottenere la riduzione della propria prestazione, nell’ipotesi di evizione, anche parziale. Successivamente risultò che Alliance aveva in precedenza ceduto i diritti sulle risorse carbonifere del medesimo sito a società terze, ma che ciò non intaccava in nessun modo il diritto di sfruttamento di TXO. Nonostante ciò, TXO intraprese una serie di iniziative volte a contestare i diritti delle predette Società terze sul sito in questione, tra cui un’azione giudiziale dichiarativa. Successivamente, TXO cercò di ottenere da Alliance una revisione al ribasso delle *royalties* precedentemente promesse, adducendo che il proprio titolo era stato sottoposto a contestazione e, non riuscendo nell’intento, agì in giudizio contro Alliance. Quest’ultima, in via riconvenzionale, chiese il risarcimento del danno a TXO in base al *tort* di “*slander of title*”, consistente nella falsa e maliziosa contestazione dell’altrui titolo di proprietà. Nei tre gradi di Giudizio innanzi alle Corti statali del West Virginia fu accertato che TXO aveva agito dolosamente, intraprendendo iniziative giudiziali e stragiudiziali del tutto fittizie, unicamente al fine di preconstituirsì una ragione volta al perseguimento di un obiettivo prestabilito: la riduzione della percentuale originariamente pattuita a titolo di *royalties*. Alliance vinse la causa e ottenne 19.000 dollari in *compensatory damages*, per le spese legali sostenute nel corso della precedente azione dichiarativa pretestuosamente intrapresa da TXO, e 10 milioni di dollari in *punitive damages*. Il rapporto *punitive/compensatory* fu in questo caso di 526:1.

³⁵⁵ Il ricorrente suggerì alcuni criteri in base ai quali valutare se un risarcimento punitivo potesse considerarsi legittimo: (1) le somme che a titolo punitivo fossero state liquidate in precedenti giudizi per condotte simili all’interno della giurisdizione considerata; (2) somme allo stesso titolo liquidate in altre giurisdizioni; (3) eventuali sanzioni legislativamente imposte per la medesima condotta; (4) il rapporto *punitive/compensatory* risultante da precedenti giudizi. Cfr. *Brief for the Petitioner* 15-16.

³⁵⁶ Le istruzioni impartite alla giuria secondo il diritto statale del West Virginia erano simili a quelle in uso in Alabama, salvo il fatto che nel primo Stato, tra i criteri volti a guidare la discrezionalità della giuria, compariva anche la situazione economica e patrimoniale del convenuto e che tra le finalità legittime del danno punitivo vi era anche quella di compensazione, accanto alle tradizionali di punizione e deterrenza. Esse sono riportate in *TXO Corporation v Alliance*, Supreme Court of Appeals of West Virginia, 187 W. Va. 457; 419 S.E.2d 870.

³⁵⁷ Sia in questa che nella precedente sentenza la Corte sembra far riferimento all’aspetto processuale e non a quello sostanziale della *due process clause*, limitandosi a verificare se il diritto

Il quarto caso offrì alla Corte l'opportunità di raffinare ulteriormente il proprio ragionamento basato sul ruolo di garanzia che adeguate procedure di controllo, implementate all'interno del diritto processuale statale, sono in grado di esercitare per evitare che l'imposizione del risarcimento punitivo si riveli arbitraria.

In *Honda Motor Co v Oberg*³⁵⁸, infatti, la Corte si trovò dinanzi ad un metodo di giudizio sul risarcimento punitivo che si discostava dal tradizionale *common law method*. Il metodo di *common law*, in uso presso le Corti statali e federali, affida ai giudici il compito di limitare la discrezionalità delle giurie, istituendo un apposito meccanismo di controllo dei verdetti recanti condanna al risarcimento dei danni: si tratta del potere della corte di annullare il verdetto sotto il profilo della sua eccessività, ogniqualvolta la somma liquidata sia tale da apparire irragionevole.³⁵⁹ Il diritto processuale dello Stato dell'Oregon, al contrario, non prevedeva alcuna procedura per ridurre un verdetto che apparisse irragionevole, consentendone l'annullamento, in primo o in secondo grado, soltanto in un limitato *set* di ipotesi e cioè quando la giuria non fosse stata adeguatamente istruita, quando vi fosse stato un errore procedurale ed, infine, quando le risultanze probatorie emerse nel corso del giudizio fossero risultate in contrasto con il verdetto.³⁶⁰

La Corte affermò che sul terreno specifico del danno punitivo ciò si traduceva in una violazione del principio posto dal xiv emendamento. Ed infatti, la regola, applicata al danno punitivo, era suscettibile di esporre il convenuto ad un'arbitraria menomazione del suo diritto di proprietà, non consentendo alle Corti

statale garantisca procedure decisionali razionalmente accettabili, ma senza riempirle di contenuto, senza cioè procedere alla definizione di quali criteri siano in concreto tali da garantire la conformità del risarcimento punitivo liquidato alla *due process clause*.

³⁵⁸ 512 U.S. 415 (1994). Si tratta di un caso in materia di responsabilità da prodotti: Honda Motor era il produttore del fuoristrada, a bordo del quale l'attore aveva avuto un incidente a causa del ribaltamento del veicolo. A seguito del sinistro l'attore riportò gravi lesioni. In giudizio fu accertato che il prodotto era affetto da gravi difetti di design e la condotta della Honda, che si ritenne non poteva non essere a conoscenza del carattere difettoso del prodotto, fu ritenuta manifestazione di grave indifferenza nei confronti della sicurezza dei consumatori.

³⁵⁹ Le espressioni linguistiche utilizzate dalle Corti per descrivere il predetto *standard* di revisione sono molteplici, anche se non vi sono particolari differenze sul terreno pratico operativo. Ad esempio talora esse affermano che l'annullamento del verdetto è consentito qualora esso risulti il frutto di un'indebita "*passion and prejudice*" da parte della giurie; altre volte esse si focalizzano sulla "*gross excessiveness*" della somma liquidata; altre ancora esse richiedono che il verdetto sia talmente irrazionale che nessun'altra giuria ragionevole avrebbe potuto liquidare la somma in concreto liquidata (*Jackson v. Virginia*, 443 U.S. 307, 324, 61 L. Ed. 2d 560, 99 S. Ct. 2781 (1979)). Cfr. *Honda Motor v Oberg*, cit., 432.

³⁶⁰ Ed infatti, a tenore dell'art. vii § 3 della Costituzione in vigore in Oregon:

«*In actions at law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury shall be otherwise re-examined in any court of this State, unless the court can affirmatively say there is no evidence to support the verdict*».

L'interpretazione riferita nel testo è quella risultante dalla sentenza resa dalla Corte Suprema dell'Oregon in *Van Lom v. Schneiderman*, 187 Ore, 89, 210 P.2d 461 (1949).

di intervenire su di un verdetto che apparisse eccessivo, se non nel caso in cui esso fosse del tutto ingiustificato rispetto al quadro probatorio.³⁶¹

Il famoso caso *BMW of North America v Gore*³⁶² segna la definitiva virata³⁶³ della Corte Suprema verso l'aspetto sostanziale della *due process clause* e, al

³⁶¹ In altre parole, il giudice aveva il potere di revisionare il verdetto qualora concludesse che il quadro probatorio non giustificasse alcun risarcimento punitivo, ma non semplicemente se il risarcimento punitivo, pur giustificato nell'an, apparisse eccessivo rispetto alle circostanze del caso concreto. Cfr. *Honda v. Oberg*, cit., 348. Nel giudizio di rinvio innanzi alla Corte Suprema dell'Oregon *Oberg v Honda Motor*, 320 Ore. 544; 888 P.2d 8, la Corte pur conformandosi al principio di diritto enunciato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, secondo cui il sindacato del giudice di primo grado sul verdetto della giuria recante un risarcimento punitivo dovesse ricomprendere il potere di annullamento dello stesso ogniquale volta esso apparisse privo di una base razionale, procedette all'immediato controllo dell'originario verdetto sulla base del criterio in parola, senza ordinare un nuovo processo e ritenendo che, anche in base a tale nuovo criterio, il verdetto andasse lasciato indisturbato.

³⁶² 517 U.S. 559. Nel caso, divenuto celebre, l'attore in giudizio, Gore, aveva acquistato una autovettura BMW al prezzo di circa 40.000 dollari. Alcuni mesi dopo l'acquisto, rivoltosi ad un carrozziere indipendente per apportare alcune modifiche alla carrozzeria, veniva informato del fatto che l'autovettura era stata in precedenza riverniciata. Solo allora Gore apprendeva che la sua autovettura, danneggiata prima della consegna da parte del produttore BMW al distributore, era stata riverniciata e che tale fatto non costituiva fenomeno isolato. Ed infatti, la *policy* in uso presso la BMW of North America prevedeva la riparazione e la rivendita come nuove delle autovetture che avessero subito danni prima della vendita, se il danno risultasse di valore inferiore al 3% del valore complessivo dell'autovettura. Al processo emerse che BMW of North America aveva complessivamente venduto come nuove negli Stati Uniti 983 auto che avevano subito interventi pre-vendita. In primo grado la giuria ritenne che la *policy* adottata dalla BMW integrasse una condotta fraudolenta e su tali basi liquidò 4.000 dollari in *compensatory damages*, considerata la diminuzione stimata del valore dell'auto al momento dell'acquisto pari al 10% del prezzo di vendita, e 4 milioni di dollari in *punitive damages*, poi ridotti dalla Corte Suprema dell'Alabama a 2 milioni di dollari. La giuria calcolò la predetta somma a titolo punitivo probabilmente in base al suggerimento di parte attrice secondo cui una pena adeguata, in grado di indurre BMW a modificare la politica in uso su tutto il territorio nazionale, avrebbe dovuto essere calcolata moltiplicando il valore del danno arrecato al singolo acquirente dell'auto per il numero complessivo degli acquirenti su tutto il territorio nazionale che si trovassero nella medesima situazione del sig. Gore, circa 1000 (e quindi $4.000 \$ \times 1.000 = 4.000.000 \$$).

La sentenza è annotata da Ponzanelli, *L'incostituzionalità dei danni punitivi* «grossly excessive», in *Foro it.*, 1996, IV, 421 ss.; v. anche Cosentino, *Quando il troppo e' troppo: verso un argine costituzionale ai danni punitivi*, in *Danno e Responsabilità*, 1997, 298 ss.

³⁶³ Il mutamento energico impresso dalla Corte Suprema nella direzione di una più incisiva revisione costituzionale dei *punitive damages* nel caso Gore si spiega alla luce del turn-over nella composizione della Corte stessa. Tra i 5 giudici di maggioranza ritroviamo O' Connor e Stevens (quest'ultimo redattore dell'opinione della Corte), i quali già a partire da *Browning Ferris* si erano dimostrati favorevoli ad un intervento di stampo costituzionale incisivo, dissentendo in quella sede dall'opinione della Corte e Souter e Breyer, che avevano rimpiazzato Brennan e Blackmun (questi ultimi tra i giudici di maggioranza di *Browning Ferris*). Ad essi si unì Kennedy che se, fino ad allora si era mostrato scettico sulle ricadute sostanziali della *due process clause*, abbandonò il blocco conservatore della Corte, consentendo all'opinione favorevole ad una revisione costituzionale incisiva del danno punitivo di raggiungere quella maggioranza che non aveva potuto raggiungere in *Browning Ferris*. Sul punto cfr. ZIPURSKY, *A Theory*, cit., 126 ss. L'A. sottolinea come lo standard costituzionale adottato dalla Corte riecheggi quello imposto dalla *excessive fines clause* seppur sotto l'etichetta della *due process clause*, venendo così la revisione costituzionale del danno punitivo ad essere informata ad una sorta di miscela tra il xiv e l'viii emendamento. In sostanza, sembra che la Corte Suprema, persa l'opportunità di affermare la applicabilità al danno punitivo dell'viii emendamento, per mancanza della necessaria maggioranza, abbia adottato sotto

contempo, è preludio di una nuova stagione della giurisprudenza costituzionale in materia di danni punitivi all'insegna di un atteggiamento sempre più restrittivo.

In *Gore* il danno punitivo liquidato fu ritenuto oltrepassare la linea dell'incostituzionalità e la Corte chiarì, per la prima volta, il contenuto di quei limiti sostanziali che il *due process* pone nei confronti del risarcimento punitivo e cui fino ad allora si era limitata a riferirsi vagamente senza riempirli realmente di contenuto.

In questo senso, *Gore* rappresenta un punto di non ritorno.

Se fino a quel momento la Corte non aveva del tutto abbandonato le sponde dell'aspetto processuale della *due process clause*, con *Gore* essa imboccò la strada del *due process sostanziale*, affermando che il xiv emendamento pone dei limiti sostanziali al danno punitivo.

In altre parole, la *due process clause* non impone soltanto che i diritti statali adottino procedure in grado di garantire che la decisione sul danno punitivo sia ancorata a criteri di ragionevolezza e che sussistano adeguate procedure di controllo che consentano al convenuto di far valere il mancato rispetto di tali criteri, essa richiede altresì che il risultato dell'adozione di quelle procedure sia un risarcimento punitivo in sé non irragionevole, conforme a fondamentali criteri di giustizia o, per esprimersi con la terminologia usata dalla Corte, non “*grossly excessive*”.³⁶⁴

La sentenza enunciò tre criteri³⁶⁵ volti a presiedere alla valutazione di conformità del risarcimento punitivo concretamente liquidato nel singolo caso con la *due process clause*: (1) il grado di repressibilità della condotta illecita; (2) il rapporto tra il danno attuale o potenziale subito dall'attore e il *quantum* liquidato a titolo punitivo; (3) il rapporto tra tale ultimo valore e le eventuali sanzioni civili o penali autorizzate od imposte per condotte simili.

Il primo criterio rappresenta la trasposizione sul terreno del danno punitivo dell'elementare principio secondo cui “*punishment should fit the crime*” e richiede che la misura del risarcimento in questione sia graduata in funzione della gravità della condotta illecita.³⁶⁶

le mentite spoglie della *due process clause* uno *standard* di revisione costituzionale modellato sulla proibizione contro le pene eccessive.

³⁶⁴ Come sottolineato nell'opinione dissenziente del giudice Scalia il caso proveniva dall'Alabama e la Corte Suprema appena 5 anni prima, in *Haslip*, aveva giudicato conforme al *due process* il diritto processuale dell'Alabama per ciò che concerne il giudizio sul risarcimento punitivo. Il vizio rilevato dalla Corte Suprema in *Gore* non riguardava, dunque, la mancanza di adeguate procedure, bensì il semplice fatto che il risarcimento liquidato fosse di ammontare eccessivo.

³⁶⁵ Divenuti celebri come i tre “*guideposts*”.

³⁶⁶ La Corte enunciò una serie di indici in base ai quali valutare la gravità della condotta: ad esempio, la natura del danno derivante dalla condotta (in particolare, se essa abbia arrecato o meno danni a persone); il carattere isolato o ripetuto della stessa. In particolare, secondo la Corte, la circostanza che la condotta manifesti l'indifferenza dell'agente nei confronti della salute e della sicurezza altrui costituisce sicuro indice di gravità così come la circostanza che l'agente abbia abusato della propria posizione ovvero delle condizioni di particolare vulnerabilità della vittima.

Il secondo non è altro che una formulazione più ampia, perché tiene in conto anche il danno che la condotta illecita avrebbe potuto provocare in via ipotetica³⁶⁷, della regola in uso presso numerose giurisdizioni secondo cui deve intercorrere un rapporto ragionevole tra il *quantum* liquidato a titolo punitivo e il risarcimento compensativo.

Quanto al terzo criterio, infine, l'opinione di maggioranza affermò che nel giudizio sull'eccessività di un risarcimento punitivo le Corti non possono che dimostrarsi deferenti nei confronti dell'autorità del legislatore, assumendo come termine di paragone le sanzioni che questo abbia stabilito nei confronti della medesima condotta o di condotte simili.³⁶⁸

Nel successivo caso *Cooper Industries v Leatherman*³⁶⁹ la Corte si trovò nuovamente a decidere una questione strettamente processuale: se lo *standard* che le Corti d'Appello federali debbono utilizzare nel riesaminare la condanna di primo grado al risarcimento punitivo da parte di una giuria, sotto il profilo della sua compatibilità alla *due process clause* del xiv emendamento, fosse il classico *standard* dell'*abuse of discretion* ovvero se la Corte dovesse procedere ad una autonoma rivalutazione del materiale probatorio per vagliare la predetta compatibilità procedendo, in tal modo, ad una *de novo review*³⁷⁰.

³⁶⁷ Cfr. anche *TXO v Alliance*, cit., 462, ove la somma di 10 milioni di dollari a titolo punitivo fu ritenuta costituzionalmente legittima dalla Corte, pur essendo pari a 526 volte il risarcimento compensativo. Ed infatti, se parametrata al danno potenziale che sarebbe occorso qualora TXO fosse riuscita a portare a termine il proprio disegno illecito, tale somma non avrebbe superato il valore del primo di più di dieci volte.

³⁶⁸ Applicando tutti e tre i criteri alla fattispecie concreta di cui al caso *Gore*, la Corte concluse per la manifesta eccessività del *quantum* liquidato a titolo punitivo. Ed infatti, alla luce del primo criterio, la condotta di BMW, pur espressione di cattiva fede e ripetuta nel tempo, non appariva particolarmente riprovevole: essa aveva causato danni di natura soltanto economica ed in giudizio era stato dimostrato che essa poteva considerarsi lecita in base alla legislazione di 25 Stati, che imponevano una politica di *disclosure* delle riparazioni pre vendita solo qualora venisse oltrepassata una certa soglia di rilevanza. In base al secondo criterio, la Corte sottolineò che, pur non imponendosi una regola rigida, il rapporto *punitive/compensatory* era pari a 500/1 e per tale ragione non poteva che apparire eccessivo. Anche sotto il terzo profilo, emergeva la irragionevolezza della somma liquidata: il diritto dell'Alabama prevedeva quale pena per la violazione dell'*Unfair Trade Practices Act* una pena massima di 2000 dollari e anche le pene previste da altri Stati per condotte simili non superavano mai i 10.000 dollari.

Nel giudizio di rinvio innanzi alla Corte Suprema dell'Alabama (*BMW of North America, Inc. v. Gore*, 701 So. 2d 507) la somma fu ridotta a 50.000 dollari: la Corte, infatti, emise un ordine di rigetto della *motion for a new trial* formulata da BMW a condizione che Gore accettasse un *remittitur* del danno punitivo alla somma di 50.000 dollari. Così avvenne.

³⁶⁹ 532 U.S. 424.

³⁷⁰ Se il giudice di secondo grado utilizza lo *standard de novo*, per valutare la compatibilità del danno punitivo liquidato alla *due process clause* potrà esaminare direttamente ed autonomamente il materiale probatorio del giudizio di primo grado e valutare in base ad esso la compatibilità del *quantum* liquidato alla luce dei tre criteri stabiliti in *Gore*. Al contrario, utilizzando il secondo tipo di *standard* (*abuse of discretion*), il giudice dovrà limitarsi ad esaminare il giudizio operato dal giudice di primo grado (che a sua volta verificherà se il verdetto della giuria sia talmente eccessivo da apparire irragionevole, o inficiato da pregiudizio o tale scioccare le coscienze (a seconda dello *standard* in uso)), ribaltandolo solo nel caso in cui appaia chiaramente l'erroneità del giudizio di compatibilità col xiv emendamento operato dal giudice di primo grado. Cfr., sul punto, ed in generale sulla sentenza, SEBOK, *What did punitive damages do?*, cit., 164 – 181.

La Corte Suprema si pronunciò in favore della seconda soluzione³⁷¹.

Si consideri che la risposta all'interrogativo risultava condizionata dal vii emendamento³⁷² della Costituzione degli Stati Uniti. In base ad esso, per come interpretato dalla stessa Corte Suprema in *Gasperini*³⁷³, al giudice di secondo grado è precluso il riesame delle *questiones facti* su cui in primo grado si è pronunciata una giuria se non sul limitato piano consistente nel verificare se il giudice di primo grado, nel negare la richiesta del soccombente volta ad ottenere un nuovo processo o una riduzione del verdetto, abbia abusato, alla luce del quadro probatorio complessivo, della propria discrezionalità.

La Corte Suprema si pronunciò in favore della *de novo review* in secondo grado sul punto concernente la compatibilità del risarcimento punitivo alla *due process clause*, sulla base di un percorso argomentativo che poggiava su un assunto fondamentale: la natura dell'oggetto del giudizio della giuria sul punto del danno punitivo si configura come *quaestio iuris e non facti*, come tale non coperta dalla garanzia del vii emendamento. In altre parole, secondo la Corte, quando la giuria si pronuncia sul risarcimento punitivo non accerta un fatto, come avviene quando commisura il risarcimento compensativo alla perdita subita dal danneggiato, ma esprime un giudizio di valore sulla riprovevolezza morale del danneggiante, né più né meno di ciò che si verifica nel giudizio riguardante la misura della pena da applicare in un processo penale, una volta accertato il fatto di reato.

Nei successivi due casi *State Farm v Campbell*³⁷⁴ e *Philip Morris v Williams*³⁷⁵ la Corte sembra riparare nuovamente sull'aspetto processuale della *due process clause* e al contempo adottare un approccio particolarmente restrittivo nei confronti dei *punitive damages*.

In *State Farm* la Corte era chiamata a decidere se un risarcimento punitivo pari a 145 volte il risarcimento compensativo fosse conforme alla *due process clause*.

La sentenza è divenuta celebre per avere enunciato la regola della cd. "*single digit ratio*"³⁷⁶ a mente della quale, la Corte, in omaggio alla prassi fino ad allora osservata, si astenne dall'enunciare una regola rigida che fissi un limite federale, in valore assoluto o basato sul rapporto *punitive/compensatory*, al danno punitivo,

³⁷¹ Sul punto v. RUSTAD, *The Closing of Punitive damages' iron cage*, cit., 1378 -79.

³⁷² Amendment 7 - *Trial by Jury in Civil Cases*

«*In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law*».

³⁷³ *Gasperini v. Center for Humanities, Inc.*, 518 U.S. 415, (1996).

³⁷⁴ *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v Campbell*, 538 U.S. 408. I fatti sono già stati narrati al capitolo i, paragrafo 3, in nota; la sentenza è annotata da PONZANELLI, *La «costituzionalizzazione» dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*, in *Foro it.*, 2003, IV, 355 ss.

³⁷⁵ *Philip Morris USA v Williams*, 549 U.S. 346.

³⁷⁶ Per una riflessione sulla predetta regola e sulle sue ricadute nei diritti statali, anche alla luce della successiva giurisprudenza costituzionale, cfr. SEBOK, *After Philip Morris v. Williams: What is left of the "Single-Digit" Ratio?*, in 2 *Charleston Law Review*, 2008, 287 ss.

ma, al contempo, preannunciò che, in via di fatto, tra i casi in cui il rapporto *punitive/compensatory* superasse un valore ad una cifra pochi avrebbero potuto essere per il futuro quelli idonei ad oltrepassare indenni la mannaia del vaglio costituzionale.³⁷⁷

Tra le righe dell'opinione della Corte, redatta questa volta dal giudice Kennedy, si intravede un ragionamento più robusto, che va ben oltre la semplice applicazione dei tre criteri precedentemente enunciati in *Gore* e che, al contempo, preannuncia la posizione che la Corte avrebbe assunto in *Philip Morris*.

Ed infatti, allorché la Corte si trovò a valutare il danno punitivo liquidato alla luce del primo criterio, quello della repressibilità della condotta del danneggiante, essa osservò un fatto intollerabile alla luce del *due process*: il caso concreto oggetto di cognizione innanzi alle Corti dello Utah era diventato mera occasione per punire State Farm per le sue più che discutibili politiche aziendali all'interno dell'intera nazione statunitense e protrattesi nell'arco di un ventennio piuttosto che per il danno arrecato agli attori in giudizio³⁷⁸.

Per evitare derive di questo tipo la Corte pose due limiti fondamentali alla disciplina statale in materia di danno punitivo.

Il primo faceva leva sull'argomento federalistico: nessuno Stato può superare i confini della propria giurisdizione arrogandosi il diritto di punire un soggetto per le azioni antiggiuridiche che questo pone in essere negli altri Stati, sicché le giurie vanno adeguatamente istruite affinché comprendano che non possono punire il convenuto per il danno che dalla sua azione sia derivato al di fuori dai confini statali.

Il secondo limite riguardava il tipo di condotte che possono essere oggetto di punizione: può trattarsi soltanto di condotte dello stesso tipo di quella direttamente oggetto del giudizio.³⁷⁹

Come esattamente rilevato in dottrina³⁸⁰, la sentenza *State Farm* lasciava presagire la soluzione cui la Corte sarebbe giunta qualche anno dopo in *Philip Morris*.

³⁷⁷ Ad esempio, la Corte ammise che ciò possa avvenire in ipotesi in cui una condotta eccezionalmente riprovevole abbia causato un danno di poco conto.

³⁷⁸ La Corte afferma a pag. 420 «*this case, instead, was used as a platform to expose, and punish, the perceived deficiencies of State Farm's operations throughout the country. The Utah Supreme Court's opinion makes explicit that State Farm was being condemned for its nationwide policies rather than for the conduct direct toward the Campbells*»; e a pag. 423 «*Nor does our review of the Utah courts' decisions convince us that State Farm was only punished for its actions toward the Campbells*».

³⁷⁹ Al contrario, al processo erano state introdotte prove riguardanti un complessivo piano strategico adottato dalla State Farm ("Performance, Planning and Review", PP & R) volto a perseguire l'obiettivo di ridurre le somme da pagare agli assicurati; il materiale probatorio comprendeva documenti e testimonianze riguardanti condotte poco etiche e spesso chiaramente fraudolente da parte di State Farm che, però, nulla avevano in comune con la condotta che veniva contestata alla Compagnia dai Campbell.

³⁸⁰ GASH, *The End of an Era: The Supreme Court (Finally) butts out of Punitive Damages oor good*, in 63 *Fla. L. Rev.*, 2011, 525 ss., 545 ss.

Ed infatti, nonostante il messaggio passato agli interpreti fosse che il *due process* impediva la punizione di condotte che avessero spiegato effetto al di fuori dello Stato in cui si celebrò il processo, alcuni passi³⁸¹ dell'opinione di maggioranza lasciano intravedere la ragione di fondo che la anima. Si tratta del fondamentale principio di giustizia per cui il convenuto in giudizio non può essere punito per danni che la sua condotta abbia arrecato a soggetti estranei al processo.

E' con l'ultimo caso della saga che il dado fu definitivamente tratto.

In *Philip Morris*³⁸², infatti, la Corte a pose a chiare lettere la regola secondo cui è in contrasto con la *due process clause* una somma liquidata a titolo punitivo con

³⁸¹ Cfr. *State Farm v Campbell*, cit., 424: «*Due process does not permit courts, in the calculation of punitive damages, to adjudicate the merits of other parties' hypothetical claims against a defendant under the guise of the reprehensibility analysis, but we have no doubt the Utah Supreme Court did that here (...) Punishment on these bases creates the possibility of multiple punitive damages awards for the same conduct; for in the usual case nonparties are not bound by the judgment some other plaintiff obtains*».

³⁸² *Philip Morris USA v Williams*, 549 U.S. 346. La vicenda trae origine dalla morte per cancro di J. Williams, un accanito fumatore. La moglie agiva *iure hereditatis* contro Philip Morris, la nota Compagnia produttrice delle sigarette Marlboro, per *negligence* e *deceit*. In giudizio veniva accertato che la causa della morte di Williams era stato il fumo; che Williams aveva fumato per 40 anni in parte perché era convinto che non si trattasse di un'abitudine dannosa; che Philip Morris pur sapendo che ciò non era vero aveva agito sul mercato facendo credere a molti consumatori che la questione della dannosità per la salute del fumo fosse ancora oggetto di controversia e che non fosse certo che il fumo costituisse un danno per la salute; la giuria ritenne che tale condotta integrasse gli estremi del *tort* di *deceit* e che Philip Morris fosse, altresì, responsabile per *negligence*. Con riferimento al *tort* di *deceit* la giuria condannò Philip Morris a risarcire agli eredi di Williams 821.000 dollari a titolo compensativo e 79,5 milioni di dollari a titolo punitivo. Il giudice di primo grado ritenendo eccessivo quest'ultimo ammontare lo ridusse a 32 milioni di dollari. L'originario verdetto fu, poi, restaurato dalla Corte d'Appello. A seguito del rigetto delle domande di riduzione di Philip Morris da parte della Corte Suprema dell'Oregon, la questione giunse alla Corte Suprema degli Stati Uniti. Il *decisum* della Corte è riferito nel testo.

È interessante, qui, riferire il seguito della vicenda. Nel giudizio di rinvio innanzi alla Corte Suprema dell'Oregon, questa ritenne di dovere affermare la legittimità dell'originaria somma liquidata a titolo punitivo in base ad un ragionamento di carattere formalistico, avente radici nel diritto dello Stato dell'Oregon. Ed infatti, nonostante il principio affermato dalla Corte Suprema, l'unica doglianza che la Philip Morris aveva sollevato nei gradi di giudizio svoltisi innanzi alle Corti Statali era stata la mancata accettazione da parte del giudice di primo grado della istruzione per la giuria che la stessa Philip Morris aveva proposto con riguardo alla questione (volta a far sì che la giuria comprendesse di non potere punire la convenuta per i danni arrecati a terzi estranei al giudizio). Poiché, però, tale istruzione, per come formulata da Philip Morris, risultava erronea secondo il diritto statale dell'Oregon, seppur sotto profili diversi rispetto a quelli oggetto del giudizio costituzionale, andava applicata la specifica regola di diritto statale secondo cui una Corte d'Appello non può mai ribaltare un giudizio di primo grado sulla base del rifiuto del giudice di adottare l'istruzione proposta da una delle parti, a meno che quest'ultima non sia formulata in modo tale da risultare chiara e corretta sia nella forma che nella sostanza. La Philip Morris fece nuovamente ricorso alla Corte Suprema, la quale concesse dapprima il *writ of certiorari*, decise poi di rifiutarlo affermando che la concessione originaria era stata impropria.

Sulla vicenda processuale in questione cfr. GASH, *The end of an era*, cit., 551 ss.; per un commento in lingua italiana v. PONZANELLI, *I danni punitivi sempre più controllati: la decisione Philip Morris della Corte Suprema americana*, in *Foro It.* 2008, fasc. 3 pag. 179 – 181;

La questione della responsabilità dell'Ente produttore di sigarette per il danno alla salute è stata affrontata anche dalle Corti italiane. A tal proposito, si rinviene Corte d'Appello di Roma 7 marzo 2005, in *Foro It.* 2005, parte I, col. 1218, che riconobbe il diritto al risarcimento del danno agli eredi di un fumatore deceduto per causa di un carcinoma polmonare nei confronti dell'Ente

finalità di punizione del convenuto per il danno che egli abbia arrecato a terzi estranei al giudizio.³⁸³ Tale prassi, infatti, fu ritenuta una violazione dei diritti di difesa del convenuto che, con riferimento al danno a questi arrecato, non è ammesso a provare fatti che escludano la propria responsabilità; essa, inoltre, espone il convenuto al rischio di essere sottoposto ad una punizione eccessiva non essendo agevole accertare esattamente a quanto ammonti il danno sociale complessivamente arrecato dalla sua condotta; tutto ciò traducendosi in un arbitrario prelievo nei suoi confronti contrario al xiv emendamento³⁸⁴.

Tabacchi Italiani. La sentenza si caratterizza per l'inquadramento della distribuzione di sigarette nell'art. 2050, cioè come attività pericolosa, addossando sul produttore, ai sensi del predetto art. 2050, l'onere di provare l'adozione di misure idonee ad evitare il danno.

Giunse ad opposta conclusione in punto di responsabilità, Tribunale di Roma, 5 dicembre 2007. Il Tribunale capitolino rigettò *in toto* le richieste di parte attrice, escludendo in radice la sussistenza del nesso causale tra condotta e danno. Secondo la Corte, il comportamento dell'attore, consistente nel consumo di sigarette protrattosi per circa un quarantennio nella consapevolezza della dannosità del fumo, doveva considerarsi causa sufficiente da sola a determinare l'evento, ai sensi dell'art. 41, 2° comma, c.p., e come tale idonea ad interrompere il nesso causale tra la condotta di parte convenuta e l'evento.

³⁸³ La Corte non escluse del tutto che evidenze probatorie riguardanti danni che la condotta *sub iudice* abbia arrecato a terzi possano entrare legittimamente nel processo. Esse, infatti, vennero "recuperate" dalla Corte come indici della gravità della condotta illecita. Pur tuttavia precisando che il diritto statale debba garantire che le giurie abbiano chiaro che di esse non si possa direttamente tenere conto nel calcolo del danno punitivo. Si tratta di uno degli aspetti più critici della sentenza. Come rilevato nell'opinione dissidente del giudice Ginsburg, infatti, appare difficile immaginare come la giuria possa adeguatamente valutare le predette evidenze probatorie soltanto al fine di accertare il grado di repressibilità della condotta illecita, ma senza punire il convenuto per il danno arrecato a terzi.

³⁸⁴ La circostanza che la pronuncia innovi rispetto alla precedente giurisprudenza della Corte in materia, non potendo essere considerata come il semplice effetto di un'opera di raffinamento dei principi già affermati, è testimoniata da almeno tre fattori. In primo luogo, la Corte, che pure aveva concesso il *certiorari* su due questioni, una prima, avente ad oggetto la legittimità della prassi in uso presso molti Stati di punire attraverso un risarcimento punitivo il convenuto per i danni arrecati a terzi estranei al giudizio, e una seconda, avente ad oggetto la compatibilità della somma liquidata dalle Corti dell'Oregon in *Philip Morris* con i tre *guideposts* di cui al caso *BMW*, rinunciò a pronunciarsi su quest'ultima, affermando che la stessa rimaneva assorbita nella prima. Appare evidente che la Corte intendeva riparare sull'aspetto processuale del *due process* e nulla aggiungere rispetto a quanto non avesse già affermato in precedenza con riferimento ai limiti derivanti dal *due process* sostanziale. In secondo luogo, la stessa opinione di maggioranza mostra di essere consapevole del carattere innovativo della pronuncia. Traspare, infatti, in più punti l'esigenza della Corte di riconciliare il proprio attuale pronunciamento rispetto ad affermazioni contenute nella precedente giurisprudenza. Ad esempio, la Corte aveva sempre ritenuto ammissibile che il giudizio di comparazione tra il *quantum* liquidato a titolo punitivo e il danno arrecato dalla condotta, richiesto dal secondo criterio di cui al caso *Gore*, potesse tenere in considerazione non soltanto il danno attuale ma anche il danno potenziale: essa in *Philip Morris* precisò che per danno potenziale dovesse intendersi unicamente quello che la condotta avrebbe potuto arrecare al medesimo soggetto attore in giudizio e non a terzi. Ancora, in *Gore* la Corte aveva approvato come in sé non erroneo il meccanismo di calcolo utilizzato per quantificare il danno punitivo utilizzato dalle Corti dell'Alabama, che chiaramente teneva conto del danno che la condotta abbia arrecato a terzi; in *Philip Morris* la Corte precisò che il precedente giudizio esulava dalla specifica considerazione della questione del danno arrecato a terzi. Infine, è la stessa opinione di maggioranza ad ammettere: «*We did not previously hold explicitly that a jury may not punish for the harm caused others. But we do so hold now*». Spia del mutamento di prospettiva adottato dalla Corte si intravede, inoltre, dietro le quinte. Non può, infatti, non avere un peso il fatto che il giudice Stevens, che aveva redatto l'opinione della Corte in *Gore* e che compariva tra i

Non può di certo ignorarsi il carattere innovativo della pronuncia rispetto alla giurisprudenza precedente: è evidente che la Corte ha con essa inteso risolvere una delle questioni che si situano al cuore del dibattito in materia di danni punitivi all'interno del contesto statunitense, quella della responsabilità punitiva multipla³⁸⁵.

E non può, a questo punto, non trarsi una conclusione sul piano teorico.

Con la sentenza *Philip Morris* la Corte ha scelto di sposare una delle tante ricostruzioni teoriche possibili della natura del risarcimento punitivo, con ricadute precise sul piano funzionale dell'istituto. La pronuncia, infatti, escludendo che nel calcolo della somma da liquidare a titolo di *punitive damages* si possa tenere conto del danno che la condotta abbia arrecato a terzi estranei al giudizio, ridimensiona notevolmente quella che nel primo capitolo si è definita funzione punitiva pura. Ed infatti, lo Stato può attuare il proprio interesse alla punizione di condotte socialmente indesiderate soltanto nella misura in cui tenga conto unicamente del danno arrecato al danneggiato, escludendosi, così, che si possa tenere conto della lesione degli interessi riconducibili alla società. Appare, invece, del tutto escluso il modello dell'internalizzazione dei costi, che proprio sul complessivo danno arrecato dalla condotta, indipendentemente dall'identità dei danneggiati, basa il proprio metodo di calcolo dell'ammontare del risarcimento punitivo.³⁸⁶

Resta, infine, da considerare un ultimo caso deciso dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel 2008: si tratta di *Exxon Shipping Co. v Baker*³⁸⁷.

giudici di maggioranza in *Campbell*, si sia schierato in minoranza in *Philipp Morris*. Dalla lettura della sua opinione dissenziente appare chiaro qual è il nocciolo della questione: fino ad allora la giurisprudenza costituzionale non aveva mai messo in discussione che uno Stato potesse avere il legittimo interesse a punire il convenuto anche per il danno arrecato alla società, tenendo in conto la posizione di terzi estranei al giudizio. Sul punto e, più diffusamente, sul caso *Philip Morris* e sul suo travagliato iter processuale, v. GASH, *The end of an era*, cit., 551 ss.

³⁸⁵ Su cui v. più diffusamente il paragrafo successivo.

³⁸⁶ Come rilevato in dottrina (*ex multis* v. Sebok, *The US Supreme Court Theory*, cit., 140) la sentenza sembra maggiormente riconciliabile con le teorie che individuano la prevalente funzione del danno punitivo nella punizione privata, intesa come punizione volta a offrire vendetta all'interesse privato violato. Anche se, sotto tal profilo, appare poco in linea con tale funzione l'enfasi che la Corte pone sulla considerazione dei danni che la condotta illecita abbia arrecato a terzi come indice di valutazione della gravità della stessa.

³⁸⁷ 554 U.S. 471. Il caso si iscrive nell'ambito della ultradecennale vicenda processuale originata dal disastro ambientale che nel marzo del 1989 colpì la zona marittima al largo delle coste dell'Alaska, a seguito dell'incidente occorso alla petroliera Exxon Valdez, di proprietà della convenuta Exxon Shipping co., risultato nel rilascio in mare di 11 milioni di galloni di petrolio. Al processo fu accertato che il disastro era imputabile alla responsabilità del capitano della nave il quale, dedito all'uso di sostanze alcoliche, era sotto l'effetto delle stesse durante la traversata. La Exxon fu condannata in sede penale, pagando complessivamente a titolo di pena e per le restituzioni 125 milioni di dollari; la Compagnia spese circa 2,1 miliardi di dollari per ripulire le acque al largo dell'Alaska; si accordò per il pagamento di 900 milioni di dollari in una causa promossa dal governo statunitense; stipulò transazioni con privati per un valore di circa 303 milioni di dollari. Il caso in oggetto originava da una *class action* proposta da circa 32.000 persone tra cui pescatori, cittadini dello Stato dell'Alaska e proprietari dei terreni costieri. La Exxon fu

A rigore il caso non può essere considerato parte del processo di revisione costituzionale avviato dalla Corte; in esso, infatti, il Supremo Giudice federale decise su questione regolata dal diritto federale marittimo e, dunque, rientrante nella diretta sua diretta cognizione *ratione materiae*. In altre parole, la Corte non giudicò sulla compatibilità della somma liquidata a titolo punitivo con la *due process clause* ma direttamente su quali fossero i limiti che il diritto federale marittimo imponeva sul danno punitivo. E', però, d'altra parte evidente che considerata l'autorevolezza della Corte da cui la sentenza proviene, la posizione ivi assunta potrebbe irradiarsi nel diritto degli Stati.

La Corte, pronunciandosi sulla eccessività del *quantum* liquidato a titolo punitivo, fissò un limite rigido da osservarsi nell'ambito del diritto federale marittimo: il danno punitivo non può eccedere l'ammontare del risarcimento compensativo.³⁸⁸

Di nuovo appare chiaro che dal modello di danno punitivo proposto dalla Corte resta fuori la funzione di internalizzazione dei costi di stampo giuseconomico.

5. Il problema della responsabilità punitiva multipla

Come emerso nel precedente paragrafo, quantomeno nei due casi *State Farm* e *Philip Morris*, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha tentato di dare soluzione ad una questione particolarmente spinosa che, a partire dalla seconda metà del secolo scorso, ha iniziato ad affacciarsi prepotentemente nelle menti di commentatori ed operatori del diritto³⁸⁹, ispirando vari progetti di riforma sia a livello federale che statale: si tratta del problema della responsabilità punitiva multipla.

La questione sorge ogniqualvolta una data condotta o un dato corso di azione risulti produttivo di danno nei confronti di una molteplicità di soggetti, i quali diventano potenziali attori in altrettante cause civili per il risarcimento dei danni. Qualora, infatti, la condotta illecita sia tale da attrarre su di sé un risarcimento punitivo è evidente che, senza adeguate contromisure, il convenuto si espone al rischio di plurime condanne punitive, in spregio al fondamentale principio del *ne bis in idem*. Il problema ha iniziato ad occupare prepotentemente la scena del

condannata a pagare nei loro confronti 507,5 dollari in *compensatory damages* e 5 miliardi di dollari in *punitive damages*.

Per un commento in lingua italiana della sentenza v. SILVESTRI, *Punitive damages: ultimo atto? La sentenza Exxon Shipping Co. v. Baker (in margine a U.S. Supreme Court, 25 giugno 2008)*, in *Int'l Lis*, 2008, 166 ss.

³⁸⁸ La Corte arrivò stabilire tale valore confrontando i dati statistici risultanti dai numerosi studi empirici promossi sul tema (su cui v. il paragrafo 1 di questo capitolo). Da questi emergeva, infatti, che, casi sensazionali a parte, mediamente il rapporto *punitive/compensatory* si aggira su un valore pari ad 1:1. Secondo la Corte, era proprio da tale dato, espressione della saggezza delle giurie, che bisognava trarre indicazioni per fissare un massimale al danno punitivo, garantendo in tal modo che l'agente che intraprenda una data condotta sia in grado di valutare *ex ante* in quale pena egli potrà incorrere.

³⁸⁹ Cfr. COLBY, *Beyond the Multiple Punishment Problem*, cit., 587, il quale ha definite la questione della responsabilità punitiva multipla come «*the most discussed and debated issue in the law of punitive damages*».

dibattito americano in materia di *punitive damages* allorché, partire dagli anni '60 del secolo scorso³⁹⁰, con l'emersione della responsabilità da prodotti, per come noi oggi la conosciamo, e delle altre fattispecie di *mass torts*³⁹¹, essa ha assunto proporzioni preoccupanti, dato il vasto numero di potenziali attori in giudizio che tali fattispecie generano³⁹².

Il problema non può essere sottovalutato³⁹³. Fenomeni di molteplici condanne punitive per la medesima condotta possono produrre effetti sociali disastrosi, spesso conducendo intere società al fallimento, privando, così, i lavoratori del loro lavoro, i creditori della società fallita di un patrimonio su cui soddisfarsi, i danneggiati che non siano ancora stati compensati di un convenuto da cui ottenere il ristoro della perdita subita, l'economia nel suo complesso di un attore produttivo di ricchezza.³⁹⁴

Si è già detto nello scorso paragrafo di come la Corte Suprema abbia recentemente offerto risposta al problema.

³⁹⁰ Il primo caso nel quale un risarcimento punitivo fu concesso in un caso riguardante la responsabilità da prodotti fu *Toole v Richardson-Merrell Inc*, 251 Cal. App. 2d 689 (1967). Uno tra i primi ad intuire le conseguenze potenzialmente devastanti del problema fu il giudice Friendly nel caso *Roginsky v Richardson-Merrell, Inc*, 378 F.2d 382 (2d Cir. 1967). Il caso originava dalla nota vicenda del farmaco anticolesterolo commercializzato dalla compagnia farmaceutica Richardson Merrell che si rivelò dannoso per la salute dei pazienti, provocando quale effetto collaterale l'insorgere della cataratta agli occhi. Al momento della decisione della causa centinaia di azioni aventi analogo oggetto erano state proposte nei confronti della Compagnia nell'intero territorio statunitense e tre di esse si erano già concluse con una condanna a *punitive damages*. Sul punto v. GASH, *Understanding and solving the multiple punishments problem*, in MEURKENS, NORDIN, *The power of punitive damages*, cit., 65 ss., 70 – 71.

³⁹¹ Si pensi, ad esempio, alla responsabilità in campo ambientale o a disastri nell'ambito del settore dei trasporti.

³⁹² La circostanza che la questione sia radicata nel contesto dei *mass torts* è dimostrata dalla circostanza che essa, pur postasi nell'ordinamento inglese (v. cap. ii par. 4), non avuto abbia in esso particolare risonanza. Ed infatti, quell'ordinamento non ha conosciuto la applicazione del danno esemplare al contesto dei *mass torts*.

³⁹³ Naturalmente il problema non riguarda i risarcimenti compensativi liquidati nelle molteplici cause cui tali vicende pluridannose possono dar luogo. Al di là dei costi amministrativi di gestione di un massiccio numero di cause, che può caso mai indurre a potenziare i meccanismi volti a rendere obbligatoria una *class action*, non si discute che quanti sono danneggiati abbiano diritto a vedere risarcito *in toto* il danno subito, e ciò anche se a causa delle molteplici obbligazioni risarcitorie in cui incorra, la Compagnia convenuta vada incontro al fallimento (è chiaro che, in questo caso, ad uscire dal mercato sarebbe un'impresa che ha dimostrato di non essere in grado di rimanervi). Il problema riguarda l'imposizione di molteplici obbligazioni aventi ad oggetto il pagamento di somme liquidate a titolo punitivo. E' evidente che in questo caso il convenuto finisce per essere punito più volte e che il beneficio per gli attori in giudizio, consistente nell'ottenimento di una somma aggiuntiva rispetto al valore necessario a compensarli *in toto*, si traduce in una perdita di valore per la collettività tutta.

³⁹⁴ Sul punto cfr GASH, op. ult. cit., 72 ss., ove è citata un'ampia casistica interessata dal problema concernente. Esempio tipico del fenomeno è la vicenda dei danni derivanti dall'amianto, costata finora miliardi di dollari, non ancora conclusa e che ha visto molteplici compagnie fallire.

Accanto si situano alcuni tentativi statali³⁹⁵, tutti accomunati da un fondamentale limite, che riposa sulla stessa natura federale dell'ordinamento statunitense: poiché le disposizioni adottate da ciascuno Stato per limitare il problema hanno effetto solo al suo interno, ciò non elimina la possibilità che molteplici condanne punitive abbiano luogo nelle altre giurisdizioni.

Uno dei tentativi meglio riusciti è, ad esempio, quello dello Stato del Missouri, il quale prevede che, una volta che un soggetto sia stato condannato a pagare una somma a titolo di *punitive damages*, nei successivi giudizi egli potrà far valere il proprio diritto a vedere stornato l'ammontare in essi liquidato allo stesso titolo del *quantum* oggetto della precedente condanna³⁹⁶. Altre legislazioni prevedono soluzioni parzialmente diverse, ad esempio, la previsione della possibilità che il risarcimento punitivo sia concesso una sola volta nei confronti di una stessa condotta³⁹⁷ o l'inclusione delle precedenti condanne punitive tra i fattori che l'organo giudicante deve tenere in considerazione nella decisione sul risarcimento punitivo³⁹⁸.

6. Limiti "interni" al *quantum* liquidabile

Accanto ai limiti di provenienza federale imposti dalla fondamentale *due process clause* del xiv emendamento, il dibattito critico avviatosi a partire dagli anni '80 si è tradotto in un notevole sforzo di riforma da parte degli Stati volto ad imbrigliare la disciplina del risarcimento punitivo entro binari maggiormente controllati³⁹⁹.

Nell'ambito di tale processo, molti Stati⁴⁰⁰ hanno adottato misure direttamente incidenti sul *quantum* del risarcimento punitivo, sottraendone così, almeno in parte, il controllo alle giurie.

Le misure adottate in tal senso sono riconducibili ad alcuni modelli, spesso in combinazione tra loro.

Un primo modello consiste nella fissazione in via legislativa di un massimale espresso in valore assoluto (cd. *caps*)⁴⁰¹.

³⁹⁵ Su cui v. più diffusamente GASH, op. ult. cit. 80 ss., ove si trova anche una breve disamina dei falliti tentativi di riforma sul piano federale; cfr. anche RUSTAD, *The closing of Punitive Damages' Iron Cage*, cit., 1328-1329.

³⁹⁶ MO. ANN. STAT. §510.263 (4) (2011).

³⁹⁷ È il caso della Georgia, che però limita l'applicabilità della regola alla responsabilità da prodotti, e della Florida.

³⁹⁸ Si tratta della regola adottata dall'Oregon.

³⁹⁹ Altre direttrici lungo le quali lo sforzo riformatore degli Stati si è avviato riguardano l'adozione di misure volte a destinare parte del *quantum* liquidato a titolo punitivo a finalità pubbliche (si tratta dei cd. *splitting statutes* e *state-sharing statutes* su cui v. il paragrafo successivo) e il versante della disciplina processuale (con particolare riguardo alla regolamentazione sul piano probatorio).

⁴⁰⁰ Sebok, *Punitive damages in the United States*, cit., 188 ne elenca 18: Alabama, Alaska, Arkansas, Florida, Georgia, Idaho, Illinois, Indiana, Kansas, Mississippi, Montana, Nevada, New Jersey, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Texas and Virginia.

⁴⁰¹ In Virginia è previsto un limite in valore assoluto pari a 350.000 dollari (Va. Code Ann. § 8.01-38.1 (Lexis 2007)) e in Georgia il limite scende a 250.000 dollari, ma restano escluse le fattispecie

Un secondo approccio è quello che fissa un determinato rapporto *punitive/compensatory damages*, sicché il limite alla prima somma risulta condizionato dall'ammontare liquidato a titolo compensativo e, dunque, in definitiva, al danno effettivamente subito dal danneggiato⁴⁰².

Un terzo tipo di limitazione risulta dalla combinazione tra i primi due modelli descritti. In questo caso la disciplina legislativa prevede due massimali, uno espresso in valore assoluto ed un altro in rapporto *punitive/compensatory*, destinati ad essere applicati concorrentemente, in modo tale che il limite concretamente applicabile nel caso concreto sia il più alto tra quelli risultanti dall'applicazione dei due criteri⁴⁰³.

Alcune giurisdizioni, infine, prevedono delle valvole di sfogo del sistema, consentendo che il limite risulti accresciuto al ricorrere di certe circostanze che rendano la condotta illecita particolarmente grave⁴⁰⁴ o escludendone *in toto* l'applicabilità in ipotesi di questo tipo.⁴⁰⁵

Come rilevato in dottrina⁴⁰⁶, non è ancora chiaro l'effetto che tali misure legislative possano avere sul funzionamento del danno punitivo all'interno degli ordinamenti in cui esse vengono adottate, mancando ancora adeguati studi empirici sul punto.

Il dato certo è che esse rendono prevedibile *ex ante*, cioè da parte di chi si accinge a porre in essere una data condotta, la probabile sanzione a quest'ultima ricollegata. Se, poi, a tale dato sia da riconoscere valenza positiva o negativa dipende dal ruolo che l'interprete attribuisce al danno punitivo e al profilo

di responsabilità da prodotti e alcuni altri *torts*. Sul punto cfr. SEBOK, *Punitive damages in the United States*, cit., 188; RUSTAD, *The closing of Punitive damages' iron cage*, cit., 1346.

⁴⁰² Si tratta, ad esempio, della regola adottata in Colorado (Colo. Rev. Stat. Ann. §13-21-102(1)(a) (2007)) ed in Ohio (Ohio Rev. Code Ann. § 2315.21(D)(2)(a) (Lexis 2001)); tra gli Stati che adottano tale modello, da solo od in combinazione con il primo modello descritto, il rapporto *punitive/compensatory* posto alla base del calcolo del quantum del danno punitivo varia da 1:1 a 5:1; sul punto cfr. *Exxon Shipping Co. v Baker*, 554 U.S. 471, 496.

⁴⁰³ In Alabama, ad esempio, è previsto che il *quantum* liquidato a titolo di danno punitivo non possa eccedere tre volte il risarcimento compensativo o la somma di 500.000 dollari, dovendosi applicare il valore che risulti più alto nel caso concreto. Tale limite generale risulta, poi, graduato, in modo da risultare ridotto qualora il danneggiante sia una piccola impresa, e accresciuto qualora il danno arrecato sia alla persona. Nessun limite si applica invece nel caso in cui il danno punitivo sia domandato nell'ambito di una *class action* (Ala. Code § 6-11-20). Modelli simili sono adottati in New Jersey, Alaska, Arkansas, North Dakota (cfr. Sebok, op.loc.ult.cit., 188).

⁴⁰⁴ Si tratta, ad esempio, del modello adottato in Oklahoma (Okla. Stat. Ann. tit. 23, § 9.1 (1995)), nel quale il limite è graduato in base al livello di colpevolezza del danneggiante, partendo da un minimo di 100.000 dollari (o, alternativamente, una somma pari al risarcimento compensativo) fino ad un massimo di 500.000 dollari (o due volte il risarcimento compensativo). La disciplina consente di superare tali limiti per tenere in conto il guadagno economico che il danneggiante abbia tratto dalla propria condotta e non prevede alcun limite nell'ipotesi di condotta dolosa in grado di mettere a rischio il bene vita. Sul punto v. SEBOK, op. ult. cit., 188.

⁴⁰⁵ Si tratta, ad esempio del modello adottato in New Jersey, ove è previsto un massimale pari a 350.000 dollari, dal quale però sono esclusi i risarcimenti punitivi liquidati con riferimento ad alcune fattispecie di illecito particolarmente gravi come l'abuso sessuale o la guida in stato di ebbrezza o sotto l'effetto di sostanze psicotrope (N.J. Stat. Ann. § 2A:15-5.14(b)-(c) (1995));

⁴⁰⁶ RUSTAD, *The closing of the punitive damages' iron cage*, cit., 1349 – 1350.

funzionale su cui questi pone maggior enfasi. Chi ripone maggior enfasi sulla funzione di deterrenza, infatti, non potrà che rilevare come porre un limite conoscibile *ex ante* alla misura del danno punitivo determini una frustrazione della predetta funzione, consentendo agli agenti di includere la somma che ragionevolmente si prevede possa essere liquidata a tale titolo nell'analisi costi benefici⁴⁰⁷. È evidente che il modello maggiormente esposto a tale rischio è quello che prevede un massimale in misura assoluta, data la sua maggiore rigidità, mentre le previsioni legislative più accurate nel prevedere una graduazione dei limiti imposti al danno punitivo sembrano esporsi a tali rischi in misura minore⁴⁰⁸. La prospettiva cambia se si pone maggior enfasi, ad esempio, sulla funzione retributiva pura. Ed infatti, in tal caso, misure legislative del tipo di quelle elencate saranno in grado di garantire ai potenziali danneggianti la possibilità di regolare la propria condotta in base alla sanzione che si prevede potrà essere loro inflitto per la violazione delle regole imposte dall'ordinamento ed, *ex post*, di evitare la liquidazione di somme eccessive che contaddicano principi come quello di proporzionalità della pena o quello di uguaglianza, in base al quale va assicurata l'applicazione di pene simili per casi simili.⁴⁰⁹

7. Misure volte alla redistribuzione del danno punitivo liquidato

Accanto agli interventi volti alla riduzione *tout court* delle somme liquidate a titolo punitivo, si situano quelle misure volte ad assicurarne *ex post* una distribuzione maggiormente equa, tramite la distrazione di una parte a favore dello Stato o di fondi appositamente costituiti.

Alcuni Stati⁴¹⁰ hanno adottato misure legislative in tal senso e simili risultati sono stati sperimentati da alcune Corti di giustizia.

Le discipline statali divergono tra loro sia con riferimento alla quota percentuale⁴¹¹ del complessivo danno punitivo liquidato che viene sottratta

⁴⁰⁷ Come rilevato nel par. 1, anche se gli studi empirici condotti dimostrano che nella maggior parte dei casi l'ammontare liquidato a titolo punitivo sia modesto, la presenza di casi limite rende difficile per chi pone in essere una data condotta prevedere quale possa essere la sanzione che per la stessa possa essere imposta in un giudizio civile.

⁴⁰⁸ cfr. Rustad, *The closing of punitive damages'iron cage*, cit., 1349 – 1350.

⁴⁰⁹ Questa sembra essere la principale preoccupazione della Corte Suprema nel caso *Exxon Shipping v Baker*, 554 U.S. 471, discusso nel par. 4.

⁴¹⁰ Si tratta di Alaska, Georgia, Illinois, Indiana, Iowa, Missouri, Oregon and Utah, cfr. sul punto SEBOK, op. ult. cit., 176; lo Stato del Colorado possedeva una previsione legislativa in materia ma essa è stata ritenuta contraria alla Costituzione di quello Stato, oltre che alla Costituzione federale, dalla Corte Suprema del Colorado e come tale abrogata: *Kirk v. Denver Publ'g Co.*, 818 P.2d 262 (Colo. 1991). Per approfondimenti sul tema v. SHARKEY, *Punitive damages as societal damages*, cit., 372 ss.

⁴¹¹ In Georgia, Indiana and Iowa è previsto che il 75% dell'ammontare liquidato sia destinato a fondi costituiti dallo Stato; in Alaska, Missouri e Utah la percentuale è del 50%; in Oregon del 60%; una posizione *sui generis* è quella dello Stato dell'Illinois che affida alla discrezionalità della Corte la scelta in ordine alla ripartizione dell'ammontare liquidato tra l'attore, il suo avvocato e il Dipartimento per i servizi umani dello Stato.

all'attore, sia con riferimento al soggetto destinatario di detta somma⁴¹², sia, infine, con riguardo al pagamento delle spese processuali e degli onorari, a seconda che la ripartizione in base alle percentuali fissate debba avvenire dopo che queste siano state pagate o prima, restando le spese in quest'ultimo caso a carico della quota spettante all'attore⁴¹³.

Preoccupazioni relative all'iniquità della destinazione di somme spesso elevate ad un solo soggetto, il fortunato attore in giudizio, di frequente compaiono anche nelle opinioni delle Corti⁴¹⁴. È noto, d'altronde, che quello cd. del *windfall*, cioè dell'immeritato flusso di ricchezza che l'attore in giudizio viene a ricevere a seguito della condanna ad un risarcimento punitivo della controparte, è uno dei punti maggiormente critici della materia.

In alcune occasioni, le Corti di alcuni Stati hanno direttamente sperimentato soluzioni analoghe a quelle imposte per via legislativa in altri Stati.

La Corte Suprema dell'Ohio, ad esempio, creò una regola *ad hoc*⁴¹⁵ in tal senso in *Dardinger v Anthem Blue Cross & Blue Shield*⁴¹⁶. In quella sede, la Corte, nell'ordinare la riduzione dell'ammontare liquidato a titolo punitivo, condizionò il proprio ordine all'accettazione da parte dell'attore di ricevere soltanto 1/3 della somma. Il resto, tolte le spese legali e gli onorari, sarebbe stato destinato ad un fondo per la ricerca contro il cancro. La decisione riposava su un difetto di fondo individuato dalla Corte nel diritto in materia di danni punitivi e, cioè, il *gap* esistente tra le ragioni per cui i *punitive damages* vengono liquidati e la loro distribuzione. La Corte sostenne, infatti, che l'interesse realizzato tramite il danno punitivo era quello sociale alla punizione e alla deterrenza del convenuto, sicché pur essendo formalmente parte in giudizio solo l'attore, in realtà, in via di fatto, era la società nel suo complesso la vera attrice in giudizio.

⁴¹² In Alaska e Georgia è previsto che le somme siano genericamente acquisite dal Tesoro pubblico. In altri Stati i destinatari sono fondi specifici. Ad esempio, in Missouri le somme sono destinate al Tort Victims' Compensation Fund, destinato a compensare danneggiati che non possano ottenere giustizia nei confronti dei danneggianti perché insolventi; in Indiana destinatario delle somme è il Crimes Compensation Fund; nello Iowa il Civil Reparations Fund; in Oregon il Criminal Injuries Compensation Account. Cfr. SHARKEY, op.ult.cit., 378.

⁴¹³ Gli unici due Stati che prevedono tale seconda soluzione sono Oregon e Indiana.

⁴¹⁴ Cfr. l'opinione dissenziente del giudice Shores in *Fuller v. Preferred Risk Life Insurance Co.*, la quale sostenne una soluzione, pur non accolta dalla maggioranza dei giudici del Collegio della Corte Suprema dell'Alabama, volta a destinare, pur in assenza di apposite previsione legislative, una parte della somma liquidata allo Stato, tenuto conto la finalità di protezione dell'interesse pubblico che almeno in parte i *punitive damages* rivestono. Sul punto v. più diffusamente SHARKEY, op. ult. cit., 384, la quale cita ulteriori sentenze nelle quali la medesima questione è stata sollevata.

⁴¹⁵ Così SEBOK, *Punitive damages in the United States*, cit., 178.

⁴¹⁶ 781 N.E.2d 121 (Ohio 2002). Il caso riguardava l'illecito commesso da una Società assicurativa, la quale in mala fede aveva rifiutato alla moglie dell'attore, poi deceduta, la copertura assicurativa per le spese mediche relative alle cure per il cancro da cui la stessa risultava affetta. La giuria liquidò una somma pari a 2,5 milioni di dollari in *compensatory damages* e 49 milioni di dollari in *punitive damages*. sul caso v. SHARKEY, *Punitive damages as societal damages*, cit., 380 ss., la quale cita un'analoga decisione della Corte Suprema dell'Alabama: *Life Insurance Co. of Georgia v. Johnson (Johnson I)*, 684 So. 2d 685, 687 (Ala.).

Sotto il profilo giustificativo, misure di questo tipo trovano la loro ragion d'essere nella realizzazione di almeno tre ordini di obiettivi: la riduzione del cd. *windfall*, l'aumento degli introiti per le casse pubbliche, lo scoraggiamento di azioni frivole intraprese unicamente nella prospettiva di facili guadagni.⁴¹⁷

Dal punto di vista della fisionomia dell'istituto è indubbio che la adozione di misure di questo tipo non faccia che accrescerne la connotazione pubblicistica⁴¹⁸. Da un lato, infatti, è possibile sostenere che esse, destinando una parte della somma liquidata a titolo di *punitive damages* allo Stato, non facciano altro che avallarne la natura quasi-penalistica di strumento di affermazione degli interessi della società, ponendo maggiore enfasi sulla sua funzione retributiva. La destinazione di parte delle somme allo Stato costituirebbe in tal senso il naturale corollario della funzione di punizione, di stampo penalistico, almeno in parte perseguita dall'istituto. La destinazione, poi, di una parte consistente delle somme all'attore può, a sua volta, essere letta o in chiave di necessario meccanismo di incoraggiamento per i privati affinché si attivino per perseguire le condotte illecite (agendo essi in funzione di *private attorneys general*) o riconoscendo all'istituto anche una parallela funzione di punizione privata, accanto a quella di punizione di tipo pseudopenalistico, secondo il modello del risarcimento aggravato definito nel primo capitolo. Procedendo lungo tale linea interpretativa è possibile, poi, distinguere i singoli ordinamenti statali che abbiano adottato misure di questo tipo, individuando la funzione, fra le due, in essi prevalente, tramite l'utilizzazione, come indicatore approssimativo, del valore percentuale delle rispettive quote destinate all'attore e alla parte pubblica.

Una seconda lettura interpretativa offerta in dottrina⁴¹⁹ si basa su una variante del concetto giuseconomico di internalizzazione dei costi. È noto che le teorie dell'analisi economica in materia di danno punitivo usualmente si dimostrano neutre rispetto alla destinazione della somma liquidata a tale titolo, richiedendo solo che il suo calcolo sia tale da far sì che il danneggiante sopporti tutti i costi che alla società siano derivati dalla sua condotta. Se si utilizzano i criteri di calcolo proposti dall'analisi economica ma si pone adeguata enfasi sulla distribuzione della relativa somma liquidata, è possibile pervenire al risultato di trasformare il risarcimento punitivo in una misura compensativa del danno sociale

⁴¹⁷ Si tratta degli obiettivi più comunemente citati dalle leggi adottate in materia o dalle relative relazioni di accompagnamento. Cfr. SEBOK, *Punitive damages in the United States*, cit., 178.

⁴¹⁸ Si osserva per inciso che nel caso, già discusso nel paragrafo 4, *Philip Morris v Williams* lo Stato dell'Oregon, in base alla previsione legislativa già discussa, aveva diritto ad una quota pari al 60% del danno punitivo liquidato. Non può non rilevarsi come il principio di diritto affermato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, volto a negare la possibilità che nel calcolo del danno punitivo si tenga conto della posizione di terzi estranei al giudizio, ridimensionando fortemente la natura pubblicistica del risarcimento punitivo in favore di una sua connotazione come rimedio privatistico, pare porsi in contrasto con la *ratio* della disposizione legislativa adottata dallo Stato dell'Oregon, che sembra orientata nella direzione esattamente opposta.

⁴¹⁹ Il riferimento è, naturalmente, a SHARKEY, *Punitive damages as societal damages*, cit., cui si rinvia per una approfondita analisi della teorica del danno punitivo come strumento di riparazione del danno alla società, qui approssimativamente accennata.

arrecato dal convenuto alla collettività. Ed infatti, una volta che la somma da liquidare venga calcolata tenendo conto, ad esempio, del danno che dalla condotta sia derivato a soggetti estranei al giudizio ovvero del danno sociale diffuso e come tale irriferribile ad un determinato soggetto, la parte della somma che venga destinata ad un determinato fondo pubblico potrà essere considerata come una misura direttamente compensativa seppur non di un danno subito da un soggetto determinato ma del danno arrecato dalla condotta illecita alla società⁴²⁰.

8. Il ruolo delle giurie

I *punitive damages* sono spesso idealmente associati al ruolo delle giurie all'interno dei processi civili americani. È noto che il vii emendamento⁴²¹ della Costituzione federale garantisce il diritto al cd. *trial by jury*, al processo con giuria, nelle cause nelle quali la pretesa fatta valere sia fondata in "*common law*".⁴²² Il diritto di rango costituzionale in parola non si applica nei processi innanzi alle Corti statali, ma quasi tutte le Costituzioni statali contengono analoga previsione, garantendo così il processo con giuria anche innanzi alle Corti interne. Esiste una vasta mole di letteratura che affronta la questione della correlazione tra il *quantum* del risarcimento punitivo liquidato e il ruolo della giuria all'interno del processo civile.

Il quadro che emerge dalla disamina della stessa appare particolarmente ambiguo, rimanendo controversa la questione dell'esatto ruolo giocato dalle giurie in tale partita.

Una parte della letteratura converge sulla conclusione che la giuria sia una delle cause immediate della liquidazione di somme stellari a titolo punitivo: secondo i sostenitori di tale tesi, i giurati sarebbero maggiormente inclini al pregiudizio nei confronti del convenuto, specialmente se si tratta di una potente impresa commerciale, e, per tale ragione, maggiormente predisposti a liquidare somme eccessive, in preda ad atteggiamenti capricciosi, stravaganti o dichiaratamente "*anti-corporate*". In genere, tali orientamenti propongono la modifica delle regole

⁴²⁰ È evidente che tale teoria si adatta maggiormente ai contesti ordinamentali nei quali la destinazione della somma sia verso un fondo specifico piuttosto che genericamente verso le casse dello Stato.

⁴²¹ Amendment 7 - *Trial by Jury in Civil Cases*:

«In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law».

⁴²² La questione dell'esatto ambito di applicazione del diritto al *trial by jury* di cui al vii emendamento esula dalla presente trattazione. In particolare, se ne viene riconosciuta l'estensione anche ad azioni analoghe a quelle esistenti in *common law* nel 1791, comprese quelle di origine legislativa, ne viene generalmente esclusa l'operatività con riferimento a quelle cause nelle quali si faccia valere un rimedio equitativo (cfr. *Feltner v. Columbia Pictures Television, Inc.*, 523 U.S. 340; *City of Monterey v. Del Monte Dunes at Monterey, Ltd.*, 526 U.S. 687). Sul punto v. JAMES, *Right to a Jury Trial in Civil Actions*, in 72 *Yale L. J.*, 1963, 655 ss.

giuridiche che presiedono al giudizio sul danno punitivo, al fine di assegnare ai giudici togati la decisione almeno sul *quantum* dello stesso⁴²³.

Un secondo orientamento⁴²⁴ sostiene, invece, la posizione contraria. Esso si basa sull'inesistenza prove conculsive del fatto che le giurie liquidino risarcimenti punitivi più alti di quanto non facciano i giudici togati nelle cause rimesse *in toto* alla loro competenza.

Alla posizione favorevole al mantenimento dell'attuale ruolo delle giurie con riferimento al danno punitivo si aggiungono quelle voci che sottolineano l'importanza di tale istituzione come strumento di democrazia ed espressione diretta di giustizia amministrata dal popolo.

Il dato indiscutibile è che, nel bene o nel male, nel grosso dei processi nei quali vengono liquidati risarcimenti punitivi la decisione in merito è affidata ad una giuria.

Il metodo di giudizio sui punitive damages "*di common law*"⁴²⁵, si basa su un verdetto emesso da parte di una giuria di dodici laici cui è affidata sia la decisione sull'*an* del danno punitivo che quella sul *quantum*⁴²⁶.

Nel giudizio in questione le giurie sono guidate dalle "istruzioni" che nel corso del cd. *summing up* vengono impartite dalla Corte.

In genere, la Corte menziona le finalità di punizione e deterrenza del danno punitivo, il carattere discrezionale del rimedio, i criteri da tenere in considerazione nella decisione: la gravità della condotta, le necessità di deterrenza imposte dalla specifica condotta oggetto del giudizio.⁴²⁷

⁴²³ HASTIE, VISCUSI, *What Juries Can't Do Well: The Jury's Performance as a Risk Manager*, in 40 *Ariz. L. Rev.*, 1998, 901 ss.; MOGIN, *Why Judges, Not Juries, Should Set Punitive Damages*, in 65 *U. Chi. L. Rev.*, 1998, 179 ss.; SUNSTEIN ET AL., *Assessing Punitive Damages (with Notes on Cognition and Valuation in Law)*, in 107 *Yale L.J.*, 1998, 2071 ss.; SUNSTEIN, REID, PAYNE, SCHKADE, VISCUSI, *Punitive Damages: How Juries Decide*, Chicago, 2002.

⁴²⁴ LEMPERT, *Juries, Hindsight, and Punitive Damage Awards: Failures of a Social Science Case for Change*, in 48 *DePaul L. Rev.*, 1999, 867 ss.; EISENBERG ET AL., *Juries, Judges, and Punitive Damages: An Empirical Study*, cit., 743 ss.; CLERMONT, EISENBERG, *Trial by Jury or Judge: Transcending Empiricism*, in 77 *Cornell L. Rev.*, 1992, 1124 ss.

⁴²⁵ Così lo ha definito la Corte Suprema federale in *Pacific Mutual Life Insurance Co. v Haslip*, 499 U.S. 1 (1991). Su cui v. *supra* par. 4.

⁴²⁶ Una diversa regola è adottata in Connecticut (CONN. GEN. STAT. ANN. § 52-240b (West 1999).) e Kansas (KAN. STAT. ANN. § 60-3702(a) (1994)). La procedura dei due Stati prevede, infatti, che alla giuria spetti solo la decisione in ordine all'*an* del risarcimento punitivo, mentre la quantificazione della somma da liquidare spetta alla Corte.

⁴²⁷ Cfr. Ad esempio, le istruzioni che la Corte fornì, in punto di *punitive damages*, alla giuria nel giudizio di primo grado del famoso caso, poi giunto alla Corte Suprema, *Pacific Mutual Life Insurance Co. v Haslip*, 499 U.S. 1 (1991):

«Now, if you find that fraud was perpetrated then in addition to compensatory damages you may in your discretion, when I use the word discretion, I say you don't have to even find fraud, you wouldn't have to, but you may, the law says you may award an amount of money known as punitive damages.

This amount of money is awarded to the plaintiff but it is not to compensate the plaintiff for any injury. It is to punish the defendant.

Punitive means to punish or it is also called exemplary damages, which means to make an example. So, if you feel or not feel, but if you are reasonably satisfied from the evidence that the

Nonostante la Corte Suprema degli Stati Uniti abbia rilevato come le giurie dispongano di un notevole margine di discrezionalità nel giudizio sui *punitive damages*⁴²⁸, come rilevato in dottrina⁴²⁹ l'immagine impressa nella sentenza della Corte non sempre corrisponde alla reale prassi degli Stati, molti dei quali hanno adottato modelli di istruzioni particolarmente dettagliate sul punto⁴³⁰.

Il giudizio delle giurie è sottoposto a controllo sia in primo grado, dallo stesso giudice che presiede al giudizio, sia in secondo grado, da un giudice superiore. Tali giudici rivedono il verdetto delle giurie sulla base di *standards* diversamente articolati nei vari ordinamenti statali, seppur tutti produttivi del medesimo effetto dell'annullamento di verdetti che risultino irrazionali.⁴³¹ Tra essi, ad esempio, il cd. "*passion and prejudice test*", che richiede al giudice di valutare se la somma liquidata a titolo di danno punitivo sia talmente eccessiva da sostenere la conclusione che essa sia il prodotto di pregiudizio,⁴³² e il cd. "*shock the conscience*" test, in base al quale il giudice deve annullare il processo soltanto qualora il verdetto sia talmente eccessivo da turbare la coscienza della Corte.⁴³³

Si è già visto⁴³⁴, inoltre, che il controllo posto in essere in primo ed in secondo grado deve conformarsi ai criteri sostanziali stabiliti dalla Corte Suprema federale alla luce della *due process clause*.

9. Ulteriori profili processuali: cenni

plaintiff, whatever plaintiff you are talking about, has had a fraud perpetrated upon them and as a direct result they were injured and in addition to compensatory damages you may in your discretion award punitive damages.

Now, the purpose of awarding punitive or exemplary damages is to allow money recovery to the plaintiffs, it does to the plaintiff, by way of punishment to the defendant and for the added purpose of protecting the public by deterring [sic] the defendant and others from doing such wrong in the future. Imposition of punitive damages is entirely discretionary with the jury, that means you don't have to award it unless this jury feels that you should do so.

Should you award punitive damages, in fixing the amount, you must take into consideration the character and the degree of the wrong as shown by the evidence and necessity of preventing similar wrong».

⁴²⁸ *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408, 417 (2003).

⁴²⁹ RUSTAD, *The Closing of Punitive Damages'iron cage*, cit., 1326 – 1327.

⁴³⁰ *Ibidem*.

⁴³¹ Sul punto v. più diffusamente RUSTAD, *The closing of the Punitive damages'iron cage*, cit., 1329 ss., il quale afferma che i danni punitivi hanno un alto tasso di mortalità dato il rigore utilizzato dalle Corti nell'operazione di revisione dei giudizi delle giurie sia nella fase *post-trial* sia in sede d'appello.

⁴³² Cfr., ad esempio, *Robinson v. Mack Trucks, Inc.*, 426 N.W.2d 220, 226 (Minn. Ct. App. 1988), ove il test è articolato nei seguenti termini: «*The trial court, having heard the testimony and observed the parties and witnesses, is in a better position than this court to determine whether the damages were given under the influence of passion and prejudice, and in the absence of a clear abuse of that discretion its action will not be reversed*».

⁴³³ Cfr. *Cloroben Chem. Corp. v. Comegys*, 464 A.2d 887, 892 (Del. 1983): «*A verdict should not be set aside unless it is so grossly excessive as to shock the Court's conscience and sense of justice; and unless the injustice of allowing the verdict to stand is clear*».

⁴³⁴ V. *supra* par. 4.

La questione del livello di garanzie che debbano essere accordate al convenuto allorché nel processo sia formulata una domanda volta ad ottenerne la condanna ad un risarcimento punitivo è fortemente influenzata dalla risposta al preliminare interrogativo in ordine alla finalità che l'istituto persegue in via prevalente o si ritenga debba perseguire in una prospettiva di dover essere.

È evidente, infatti, che allorché se ne riconosca una caratterizzazione in senso prevalentemente pubblicistico, cioè come strumento di carattere regolativo volto al perseguimento di interessi pubblici, seppur esplicantesi nelle forme del processo civile, risulterà difficile spiegare la ragione per cui il convenuto, che in un processo penale godrebbe di un robusto apparato di garanzie difensive, debba esserne privato. Viceversa, quanti ne affermano la natura di rimedio genuinamente privatistico, volto a garantire la protezione dei diritti di parte attrice tramite forme di punizione privata o di risarcimento aggravato, saranno propensi ad escludere la necessità di garanzie procedurali altre rispetto a quelle ordinariamente inerenti al processo civile.

Se ci si sposta dal piano strettamente teorico a quello dell'osservazione del law *in the action*, si può rilevare come la coesistenza all'interno della disciplina del danno punitivo di queste due anime, l'una privatistica, l'altra pubblicistica, abbia prodotto una regolazione di tipo processuale che si presenta come una via di mezzo tra il modello penalistico caratterizzato da un'ampia gamma di garanzie difensive e quello privatistico, rispecchiando in ciò fedelmente la natura duale dell'istituto.

Esempio tipico ne è lo *standard* probatorio cd. della "*clear and convincing evidence*", adottato nella maggior parte degli Stati⁴³⁵ come regola di giudizio per quel che concerne il risarcimento punitivo.

Lo *standard* probatorio regola il *quantum* di prova che la parte in giudizio deve offrire per ottenere l'aggiudicazione in suo favore della controversia e si traduce in una correlativa regola di giudizio per l'organo giudicante, il quale accoglierà la richiesta di parte attrice solo allorché le evidenze probatorie da questa offerte siano tali da soddisfare lo *standard* legale.

L'ordinario *standard* nell'ambito del processo civile⁴³⁶ è quello cd. della *preponderance of evidence*, il quale richiede al giudice di valutare il complessivo

⁴³⁵ Cfr. RUSTAD, *The closing of the Punitive Damages'iron cage*, cit., 1324, nt. 151, il quale rinviene l'adozione della regola citata nel testo nei seguenti Stati: Alabama, Alaska, Arkansas, Arizona, California, Georgia, Hawaii, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Maine, Maryland, Minnesota, Montana, Nevada, New Jersey, North Dakota, Oklahoma, Oregon, South Carolina, South Dakota, Texas, Utah, Wisconsin. Richiede, invece, la prova al di là di ogni ragionevole dubbio il Colorado (COLO. REV. STAT. § 13-25-127(2) (2001)).

⁴³⁶ Per una disamina in chiave comparatistica dello standard probatorio in uso presso i sistemi di *common law* e presso alcuni sistemi di *civil law* v. TARUFFO, *Rethinking the Standards of Proof*, in 51 *Am. J. Comp. Law*, 2003, 659 ss.

quadro probatorio e accogliere la richiesta di parte attrice qualora egli ritenga che la sua prospettazione dei fatti sia più probabile che non.⁴³⁷

Al contrario, nel processo penale affinché si pervenga ad una condanna si richiede che il fatto che ne costituisce oggetto, nonché la sua ascrivibilità all'imputato risulti provato "al di là di ogni ragionevole dubbio", intendendosi con tale formula il raggiungimento della certezza processuale.

Lo standard della *clear and convincig evidence* si caratterizza per essere una via di mezzo tra i due, richiedendo per essere soddisfatto un grado di rigosità della prova superiore all'ordinario *standard* civilistico ma inferiore a quello richiesto nel processo penale. In sostanza, affinché esso sia soddisfatto, è necessario che le prove a sostegno di un determinato fatto siano tali da far sì che l'organo giudicante lo ritenga altamente probabile⁴³⁸.

Come rilevato in dottrina, nonostante la adozione di uno *standard* probatorio più elevato sia una misura concepita in favore del convenuto, non è chiaro quale sia il reale effetto che essa produce sul piano pratico, potendosi soltanto presumere che determini una diminuzione del numero sentenze di condanna al danno punitivo⁴³⁹.

Un breve cenno⁴⁴⁰, infine, meritano quelle discipline di carattere processuale che prevedono una bipartizione o una tripartizione del processo.

Un primo modello è quello che separa la fase processuale destinata alla decisione in punto di responsabilità e alla relativa liquidazione del risarcimento compensativo rispetto a quella destinata alla decisione sul danno punitivo.

Un secondo modello di biforcazione separa unicamente la fase destinata alla determinazione del *quantum* del danno punitivo.

Infine, un terzo modello infine separa il processo in tre fasi rispettivamente destinate, alla decisione sul punto dei *compensatory damages*, all'*an* del danno punitivo, al *quantum* del danno punitivo. La separazione delle fasi è realizzata tramite l'ammissione separata delle prove relative a ciascuna questione da decidere, sì da evitare, ad esempio, che le prove volte a dimostrare particolari

⁴³⁷ Nonostante lo standard in questione sia spesso discusso in termini percentuali, v. *Willcox v Hines*, 100 Tenn 524, 45 SW 781, ove si sottolinea come il giudizio complessivo in ordine alla maggiore credibilità della prospettazione di una parte rispetto a quella dell'altra sia un giudizio qualitativo oltre che quantitativo.

⁴³⁸ *Masaki v. General Motors Corp.*, 71 Haw .1, 780 P.2d 566 (1989). La necessità dell'applicazione di uno standard probatorio più elevato per alcune tipologie di controversie è così giustificata in *Travelers Indem. Co. v. Armstrong*, 442 N.E.2d 349, 360 (Ind. 1982): «[C]lear and convincing proof is a standard frequently imposed in civil cases where the wisdom of experience has demonstrated the need for greater certainty, and where this high standard is required to sustain claims which have serious social consequences or harsh or far reaching effects on individuals to prove willful, wrongful and unlawful acts to justify an exceptional judicial remedy . . . So, in a number of cases where an adverse presumption is to be overcome, or on grounds of public policy and in view of peculiar facilities for perpetrating injustice by fraud or perjury, the degree of proof required is expressed in such terms as . . . 'clear and convincing' . . . and the phrase 'preponderance of the evidence' has been expressly disapproved as an insufficient measure of the proof required».

⁴³⁹ RUSTAD, op. ult. cit., 1325.

⁴⁴⁰ V. RUSTAD, op. ult. cit., 1321 ss.

circostanze aggravanti o vertenti sulla situazione patrimoniale del convenuto, in genere rilevanti unicamente con riferimento al *quantum* del danno punitivo, influenzino la giuria nelle precedenti fasi del processo.

10. Rilievi critici conclusivi

Alla luce della disamina del modello statunitense condotta nel presente capitolo, è possibile formulare alcuni rilievi critici, in parte riferiti specificamente al predetto modello, altri in funzione conclusiva dell'analisi dedicata alla famiglia di *common law*.

Sotto il primo profilo, il dato di carattere descrittivo che emerge dallo studio del sistema statunitense è che non esiste un unico modello giuridico di *punitive damages*, presentando gli Stati una grande varietà di discipline, diverse non soltanto in punto di regole pratico-operative ma anche per quel che riguarda il fondamento teorico dell'istituto che, pur rimanendo spesso un dato implicito, in quelle discipline si innerva. Da questo punto di vista, l'istituto mantiene, dunque, una caratterizzazione particolarmente flessibile, dimostrandosi in grado di adattarsi alle esigenze locali⁴⁴¹.

Sarebbe, d'altra parte, un errore confidare nei recenti interventi della Corte Suprema federale al fine di individuare un momento unificante delle singole discipline statali. Ciò per due fondamentali ordini di ragioni.

La prima riguarda il piano strettamente tecnico-giuridico della ripartizione di competenze all'interno della struttura federale statunitense. Come rilevato in precedenza, i principi costituzionali da questa affermati in base alla *due process clause* intervengono unicamente in funzione di limiti esterni rispetto ai diritti statali, alla cui competenza rimane affidata quasi *in toto* la regolazione dei *punitive damages*.

La seconda ragione ha radici strettamente teoriche. La teoria costituzionale del danno punitivo disegnata dalla giurisprudenza della Corte Suprema federale, ancorata al tentativo di limitare i maggiori difetti esibiti dalla disciplina del danno punitivo, se appare giustificabile sul piano della politica del diritto, manca di un robusto apparato teorico a sostegno dei limiti in essa affermati.

Come esattamente rilevato⁴⁴², in circa un ventennio di giurisprudenza costituzionale, la Corte Suprema ha affermato che i danni punitivi non sono equiparabili alle sanzioni penali e per tale ragione sfuggono alla *excessive fines clause*. Sempre secondo la Corte, essi differiscono anche dal risarcimento del danno puro e semplice perché la loro funzione è quella di punizione e di deterrenza. Ed ancora, nella determinazione del danno punitivo gli stati devono tenere conto di alcuni criteri "oggettivi". Rilevano a tal fine tre criteri: il livello di gravità della condotta illecita, il rapporto *punitive/compensatory*, il valore di

⁴⁴¹ RUSTAD, *The closing of the Punitive Damages'iron cage*, cit., 1299.

⁴⁴² SEBOK, *The U.S. Supreme Court's theory of Common Law punitive damages*, cit., 140.

sanzioni penali equiparabili. Si afferma ancora che nella liquidazione del danno punitivo l'organo giudicante non può tenere conto del danno che la condotta illecita abbia arrecato a terzi estranei al giudizio. Si dice, infine, che tendenzialmente il risarcimento punitivo, per rimanere nell'area della legittimità costituzionale, non dovrebbe superare il risarcimento compensativo di più di nove volte.

Da questa breve rassegna, traspare un certo grado di contraddittorietà tra i principi affermati dalla Corte, la cui ragione pare riposare sull'implicita mancanza all'interno della stessa di un'idea condivisa su quale sia la funzione che sul piano teorico i *punitive damages* sono deputati a svolgere.

Ad esempio, allorché la Corte in *Philip Morris* afferma l'impossibilità di tenere conto, nella liquidazione del danno arrecato a terzi estranei al giudizio dalla condotta illecita, essa sembra implicitamente attribuire all'istituto una funzione di punizione privata; al contrario nelle precedenti sentenze l'enfasi sembra riposta sulla funzione di retribuzione di tipo pubblicistico, tanto che l'attenzione della Corte si concentra sull'individuazione di adeguate misure che garantiscano il convenuto rispetto a forme eccessive di punizione facendo riferimento a concetti tipicamente appartenenti all'apparato teorico del diritto penale, come quello della necessità della ragionevole conoscibilità della pena o della sua proporzionalità.

D'altronde, probabilmente, non ci si poteva attendere di più dalla Corte, proprio per la prima delle due ragioni enunciate sopra, quella che fa leva sul ruolo che essa svolge nell'ambito federale.

Ma se così è, il recente caso *Exxon Shipping* appare allora un'occasione mancata.

In quella sede, la Corte si limita, infatti, a fissare un limite quantitativo al danno punitivo (espresso in rapporto alla misura del risarcimento compensativo liquidato nel singolo giudizio), individuato sulla base del dato statistico. La stessa sentenza della Corte ammette che essa si fonda più su ragioni di *policy* che di principio. È chiaro, invece, che l'occasione sarebbe stata propizia per la messa a punto di una compiuta elaborazione del danno punitivo, in grado di irradiarsi nel diritto degli Stati in virtù dell'alto valore persuasivo delle decisioni della Corte di provenienza. Dalla più recente giurisprudenza della Corte emerge, caso mai, un dato interessante. Le più recenti pronunce sembrano convergere almeno su un punto: l'esclusione del modello giuseconomico della internalizzazione dei costi per quel che concerne il metodo di calcolo del *quantum* da liquidare.

Un altro dato incontrovertibile riguarda la fonte da cui l'istituto tra la sua disciplina. Accanto agli orientamenti giurisprudenziali, nel corso dello scorso trentennio si è assistito alla emanazione da parte degli Stati di una massiccia disciplina legislativa che ha inteso regolamentare gli aspetti dell'istituto percepiti come maggiormente critici.

Se si guardano le complessive discipline statali esse non fanno che confermare il punto di partenza di quest'analisi, quello della natura polifunzionale del danno punitivo.

Accanto a modelli isolati nei quali prevale esclusivamente la funzione compensativa, si pensi alla configurazione che l'istituto assume nello Stato del Michigan, ove esso funziona in modo analogo al cd. risarcimento aggravato nel diritto inglese, o alla finalità esclusiva di compensazione delle spese di lite che ad esso è attribuita nello Stato del Connecticut, la maggioranza degli Stati conferma l'ipotesi di partenza dell'analisi.

In particolare, uno sguardo complessivo alle discipline statali rivela la compresenza all'interno dell'istituto di due anime che coesistono e competono tra loro. La prima, di carattere privatistico, si rivela allorché l'istituto funziona come rimedio di carattere pur sempre privato, seppur adattato alle esigenze di quella che è stata definita come "punizione privata" e che costituisce il nucleo storicamente originario dell'istituto. La seconda, propriamente pubblicistica, è finalizzata alla realizzazione dell'interesse della società alla repressione e alla prevenzione di condotte socialmente dannose e come tali indesiderate ed emerge prevalentemente nell'area dei cd. *mass torts*. In virtù di essa, l'istituto funziona come strumento di regolazione pubblica, seppure incanalato nelle forme del diritto privato e rimesso all'iniziativa dei singoli.

Il carattere duale dell'istituto si riflette puntualmente in alcuni degli interventi statali in materia, i quali spesso adottano delle soluzioni di compromesso in grado di adattarsi alla percezione del carattere ibrido dello stesso. Esempio di tale fenomeno è l'adozione dello *standard* di prova della *clear and convincing evidence*, che rappresenta una via di mezzo tra quello in uso nel processo civile e quello tipico del processo penale o l'adozione dei cd. *splitting statutes* che prevedono la ripartizione delle somme liquidate tra la parte privata e la collettività.

Un'area particolarmente critica con riferimento al danno punitivo risulta, poi, quella, cui si è accennato prima, dei *mass torts*. Ed infatti, è in quest'area che maggiormente si pone il problema della responsabilità punitiva multipla, di cui si è già detto nel corso del capitolo.

Pochi sono gli Stati che hanno adottato delle disposizioni per far fronte al problema, che comunque scontano il limite della loro applicabilità solo all'interno dei confini statali. L'intervento della Corte Suprema con il caso *Philip Morris* rappresenta un potenziale argine nei confronti di esso. Pur tuttavia, è ancora presto per considerare i reali effetti che esso sarà in grado di produrre sui diritti statali. Esso, inoltre, presenta un'aspetto critico di non poco rilievo. Ed infatti, la Corte, allorché afferma che non si possa punire il convenuto per i danni arrecati a terzi estranei al giudizio, sembra implicitamente aderire al modello dottrinale che assegna al danno punitivo funzione di esclusiva punizione privata. Così facendo, essa si scontra, però, con l'esplicito riconoscimento, nell'ambito della maggior

parte dei diritti statali, della piena legittimità della funzione retribitiva di tipo pubblicistico, per il danno arrecato alla società, propria dei *punitive damages*.⁴⁴³

In via conclusiva della trattazione dedicata ai sistemi di *common law*, pare opportuno formulare alcune considerazioni di carattere comparatistico.

Una prima osservazione riguarda gli strumenti di analisi a disposizione.

In conclusione del capitolo dedicato alla disamina del sistema inglese, si è rilevata la difficoltà in quell'ordinamento di pervenire ad una valutazione delle esatte potenzialità del danno esemplare, mancando una adeguato corredo di studi di carattere empirico condotti a tal fine, osservando a tal proposito che il dibattito sull'istituto risulta prevalentemente condotto sul piano teorico, senza un'adeguata valutazione delle ricadute pratiche. Indice evidente di tale atteggiamento è, ad esempio, la circostanza che nel *leading case Rookes v Barnard* la premessa da cui parte Lord Devlin sia quella della anomalia dell'istituto, in quanto risultante da una commistione di diritto pubblico e di diritto privato.

Su tale fronte, il dibattito statunitense può, invece, contare su una abbondante proliferazione di studi di carattere empirico che analizzano gli effetti dell'istituto con l'ausilio del dato statistico.

Un secondo dato di carattere quantitativo emerge dall'analisi dei due sistemi: il fenomeno giuridico dei *punitive damages* ha assunto nell'ordinamento americano dimensioni notevoli se paragonate a quelle che esso assume nell'ambito del diritto inglese, in cui, come a suo tempo rilevato, esso appare confinato in una nicchia del sistema rimediale. Un indicatore importante di tale affermazione è l'imponente mole di letteratura sull'istituto e l'altrettanto ampio spazio che esso occupa nell'ambito dei circoli, accademici e non, statunitensi, ancora una volta, difficilmente paragonabile alla corrispondente produzione letteraria inglese sul punto.

La ragione di tale differenza sembra risiedere nella diversa fisionomia che l'istituto ha assunto nei due ordinamenti.

Nell'ordinamento inglese, come già rilevato, esso ha mantenuto la connotazione di rimedio privatistico, inteso come strumento rimediale offerto ai soggetti privati per reagire alla violazione della loro posizione giuridica, seppur rafforzato, in ragione dell'importanza del diritto violato (il riferimento è alla cd. prima categoria). Si realizza così l'esigenza collaterale di potenziare l'adesione dei soggetti ai valori della collettività, anche in funzione delle particolari esigenze di deterrenza speciale presentate da una particolare categoria di condotte illecite, quelle animate dalla finalità di profitto.

Nell'ordinamento americano, invece, l'istituto ha attraversato un passaggio ulteriore: esso divenuto strumento di protezione della società nei confronti del

⁴⁴³ Non appare casuale, sotto questo profilo, che nel giudizio di rinvio del caso la Corte Suprema dell'Oregon abbia confermato la somma originariamente liquidata, specialmente se si tiene conto che sulla base della legislazione statale in vigore una quota percentuale della somma spettava alle casse pubbliche.

potere di grossi attori operanti sul mercato ed ha assunto, in questo senso, una connotazione spiccatamente pubblicistica. Questa si è andata ad affiancare a quella originaria, divenendo, almeno in parte, uno strumento di tipo regolativo volto a salvaguardare gli interessi della società, seppur con le caratteristiche proprie di rimedio privatistico. Come illustrato nel primo capitolo, la svolta, avviata per opera delle Corti a partire dai primi decenni del secolo scorso, ha ricevuto definitivamente l'avvio quando sulla scena è comparsa l'analisi economica.

In questo senso, il sistema inglese degli *exemplary damages* rappresenta un'evoluzione del modello originario, mentre quello americano esibisce un momento di discontinuità nel processo di cui si è appena detto.

CAPITOLO IV

I SISTEMI DI RESPONSABILITÀ CIVILE DELL'EUROPA CONTINENTALE: TENTATIVI DI RILETTURA IN CHIAVE POLIFUNZIONALE

1. Premessa. I sistemi di responsabilità civile dei Paesi di *civil law* e il dogma della natura esclusivamente compensativa del risarcimento del danno.

Come anticipato nell'introduzione a questo lavoro, i sistemi di responsabilità civile continentali sconoscono l'istituto del risarcimento punitivo. Essi appaiono, invero, particolarmente resistenti all'idea che il risarcimento del danno possa svolgere una funzione diversa da quella di pura e semplice compensazione di perdite subite dal danneggiato, secondo il meccanismo della traslazione del costo del danno dalla sfera giuridica di quest'ultimo a quella del danneggiante.

Anche il modello consegnato dall'European Group on Tort Law nei *Principles*⁴⁴⁴ offre conferma in tal senso. Ed infatti, nonostante all'art. 10:101, dopo l'enunciazione della regola generale secondo cui il risarcimento consiste in una somma di denaro volta a compensare la vittima, compaia un riferimento alla funzione di prevenzione degli illeciti («*damages also serve the aim of preventing harm*»), non vi è nel restante articolato normativo alcuna traduzione in termini operativi del principio.⁴⁴⁵

Una tale resistenza è testimoniata dalla vicende che, nel campo del diritto internazionale privato, ha visto le Corti Supreme di alcuni Paesi europei prendere posizione, nell'ambito di giudizi di delibazione di sentenze statunitensi recanti condanna a risarcimenti punitivi, statuendo la contrarietà all'ordine pubblico del foro nazionale dell'istituto.

Eppure, vicende come quelle ricordate, unite al costante raffronto con l'esperienza giuridica dei Paesi di *common law*, ha condotto gli interpreti di *civil law* ad interrogarsi sulla eventuale necessità di una rilettura dell'istituto aquiliano in chiave polifunzionale, specialmente alla luce di esigenze di tutela più recenti la cui complessità sfugge al paradigma compensativo.

⁴⁴⁴ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort law. Text and Commentary*, Vienna, 2005.

⁴⁴⁵ Tanto è vero che a tal proposito MAGNUS, Art. 10:101. *Nature and Purpose of Damages*, *Principles of European Tort law*, cit., 150 esclude che tale formula abbia delle conseguenze pratiche e sostiene, invece, l'implicita esclusione di una qualsivoglia funzione punitiva della responsabilità civile, non essendo questa menzionata. L'A. conclude affermando che nel modello dei Principles l'unica funzione della responsabilità civile è quella compensativa, in ordine alla quale soltanto sussiste consenso tra ordinamenti europei. Cfr. sul punto BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e Diritto Privato*, 2009, 909.

Si vedrà, di seguito, come tale riflessione abbia portato generosi frutti nell'ambito dell'esperienza giuridica francese, ove addirittura ben tre diversi Gruppi di Lavoro, che hanno dato vita ad altrettante iniziative di riforma del *Code Civil*, hanno proposto, nel complessivo disegno di riforma del diritto codicistico delle obbligazioni, l'introduzione di una forma di risarcimento punitivo.

Alla percezione di inadeguatezza del tradizionale modello della responsabilità civile, improntato esclusivamente alla realizzazione dell'obiettivo compensativo, si aggiunge la recente introduzione per via legislativa di meccanismi rimediali avverso determinati tipi di illeciti che sembrano chiaramente ispirati alla volontà di sfruttare le potenzialità che lo strumento risarcitorio offre sul piano della deterrenza, con l'obiettivo di scoraggiare condotte particolarmente lesive. Si pensi, ad esempio, con riferimento, all'ordinamento italiano, al recente ridisegno della cd. responsabilità processuale aggravata ex art. 96 c.p.c. da parte della L. 69/2009⁴⁴⁶, che appare ispirato all'esigenza di scoraggiare tecniche abusive del processo, nell'interesse pubblico⁴⁴⁷ alla deflazione del contenzioso e alla riduzione della durata dei processi tramite l'eliminazione di lungaggini di tipo patologico⁴⁴⁸.

La riflessione sullo schema funzionale sottostante all'istituto della responsabilità civile e sulle eventuali aperture ad una sua lettura anche in termini di punizione e prevenzione consente di stabilire un punto di collegamento con le esperienze di *common law*, con riferimento all'oggetto della presente ricerca. Ed infatti, se un vero e proprio trapianto giuridico dell'istituto necessiterebbe di una più ampia riflessione sull'idoneità dell'ordinamento ricevente al trapianto, sulle possibilità di successo e sulla compatibilità dell'istituto con l'impianto costituzionale del ricevente, nondimeno squarciare il velo della compensazione esclusiva consentirebbe di registrare un avvicinamento sul punto tra le esperienze giuridiche delle due famiglie.

Le pagine che seguono tentano proprio di approssimarsi a tale traguardo, assumendo come angolo visuale da cui osservare i meccanismi di funzionamento della responsabilità civile il risarcimento del danno non patrimoniale,

⁴⁴⁶ Il riferimento è al nuovo terzo comma dell'art. 96 c.p.c., inserito nel corpo dell'articolo citato per opera del comma 12 dell'art. 45 L. 18 giugno 2009, n. 69, che così recita:

«In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata».

⁴⁴⁷ Ed infatti, è attribuito al giudice il potere di disporre la relativa condanna *ex officio*.

⁴⁴⁸ La natura della disposizione di recente introduzione è controversa. Per una prima ricognizione sulla materia si vedano i contributi di BUSNELLI, D'ALESSANDRO, *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o "condanna punitiva"?*, in *Danno e Responsabilità*, 2012, 585 ss.; COVUCCI, *Deterrenza processuale e pena privata: il "nuovo" art. 96, terzo comma, c.p.c.*, in *Danno e Responsabilità*, 2012, 523 ss.; GIORDANO, *Brevi note sulla nuova responsabilità processuale c.d. aggravata*, in *Giurisprudenza di Merito*, 2010, 434 ss.; MORLINI, *Il punto sulle spese di lite e la responsabilità per lite temeraria*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2012, 2081 ss.; PORRECA, *La riforma dell'art. 96 c.p.c. e la disciplina delle spese processuali nella l. n. 69 del 2009*, in *Giurisprudenza di Merito*, 2010, 1836 ss.

analizzandone le caratteristiche nell'ambito dell'ordinamento francese, tedesco ed italiano. La scelta in parola è necessitata dalla impressione che una rilettura in senso polifunzionale della responsabilità civile debba necessariamente passare attraverso una rinnovata tutela della persona umana, ispirata ad una protezione rafforzata dei diritti che a questa fanno capo, che sia in grado di marcare il carattere inviolabile, nell'ottica del divieto delle aggressioni perpetrate nei confronti di questi, piuttosto che in quella del pagamento del costo del danno, che chiaramente poco si addice a tali diritti.

2. La prospettiva internazionalprivatistica. *L'exequatur* nei confronti di sentenze straniere recanti condanna al risarcimento punitivo.

La prospettiva internazionalprivatistica costituisce un valido punto di partenza dell'analisi degli ordinamenti europei e del loro approccio al tema dei *punitive damages*. Ed infatti, dalle vicende di alcuni di essi emerge come il principio che vuole assegnata alla responsabilità civile una funzione esclusivamente compensativa sia tanto profondamente radicato nelle menti degli operatori giuridici continentali da ritenerlo parte di quel nucleo di principi supremi ed inderogabili dell'ordinamento che ne definiscono il cd. ordine pubblico internazionale⁴⁴⁹, limite invalicabile che sbarra l'ingresso al diritto straniero anche per il tramite del più debole canale del diritto internazionale privato⁴⁵⁰.

E' evidente che quando si considera la questione sotto tale angolo prospettico, l'unico profilo a venire in considerazione è quello della disponibilità dei medesimi ordinamenti a dare ingresso al proprio interno all'istituto del danno punitivo esclusivamente con le modalità tipiche del diritto internazionale privato e, cioè,

⁴⁴⁹ Come affermato da CAMPEIS, DE PAULI, *Danni punitivi, ordine pubblico e sentenze straniere delibande a contenuto anfibo*, nota a Corte App. Venezia, 15.10.2001, in *NGCC*, 2002, 772, «nel concetto di ordine pubblico rientrano le norme costituzionali, precettive o programmatiche che siano, nonché quelle poste da leggi ordinarie a base di istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società». Si veda anche Cassazione 13 dicembre 1999, n. 13928, ove si afferma che «il concetto di ordine pubblico italiano ... cui la sentenza straniera deve conformarsi per poter essere delibata, quantunque tra i più controversi della scienza del diritto ed ancora lungi dall'essere stabilito in maniera definitiva secondo quanto affermato in dottrina, si ritiene comunemente che consista nel complesso dei principi cardine dell'ordinamento giuridico, i quali caratterizzano la stessa struttura etico - sociale della comunità nazionale in un determinato momento storico, conferendole una ben individuata ed inconfondibile fisionomia, nonché nelle regole inderogabili, provviste del connotato della fundamentalità che le distingue dal più ampio genere delle norme imperative (Cass. 14 aprile 1980, n. 2214; Cass. 5 aprile 1984, n. 2215; Cass. 11 gennaio 1988, n. 67; Cass. 19 febbraio 1991, n. 1709), immanenti ai più importanti istituti giuridici (Cass. 23 gennaio 1980, n. 543; Cass. 12 marzo 1984, n. 1680), ivi compresi i principi desumibili dalla Carta Costituzionale (Corte Cost. 2 febbraio 1982, n. 18; Corte Cost. 18 luglio 1983, n. 214)».

⁴⁵⁰ Così Requejo Isidro, *Punitive damages from a private international law perspective*, in Koziol, Wilcox (a cura di), *Punitive damages*, cit., 238.

essenzialmente, per il tramite del riconoscimento e della esecuzione di sentenza straniera recante condanna al risarcimento del danno punitivo⁴⁵¹.

⁴⁵¹ Esistono almeno altre due situazioni nelle quali le Autorità di una giurisdizione europea possono essere chiamate a confrontarsi con l'istituto dei *punitive damages* nell'ambito internazionalprivatistico. La prima è quella nella quale alle Autorità di uno Stato europeo pervenga la richiesta volta ad ottenere la notificazione di atti e documenti giudiziali o stragiudiziali nei confronti di un soggetto domiciliato nel proprio territorio. Se lo Stato richiedente è uno Stato extra- UE la questione è regolata dalla Convenzione dell'Aja del 15 novembre 1965 relativa alla notifica di atti giudiziari e extra giudiziari in materia civile e commerciale, ratificata in Italia con Legge 06 febbraio 1981 n. 42, se la richiesta viene formulata in ambito infra-comunitario trova, invece, applicazione il Regolamento (CE) n. 1393/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale. La casistica relativa a tale prima ipotesi proviene quasi esclusivamente dalla Germania e riguarda richieste di notificazione di atti processuali avanzate nell'ambito di processi statunitensi nei quali era stata formulata domanda volta ad ottenere condanna al danno punitivo. In un primo momento le Corti assunsero l'orientamento contrario alla prestazione di collaborazione nei confronti dell'Autorità straniera in tali ipotesi, invocando la clausola di cui all'art. 13 della Convenzione, che consente allo Stato firmatario di rifiutare la richiesta proveniente da un altro contraente, qualora essa sia tale da porre in pericolo la propria sovranità o la propria sicurezza. Il fondamento di tale rifiuto era da ravvisarsi in una anticipazione del possibile esito del giudizio, cioè, la condanna al danno punitivo del convenuto, e nella previsione del futuro tentativo di ottenerne il riconoscimento e l'esecuzione nel territorio tedesco, risultato, questo, ritenuto impossibile per contrarietà della decisione all'ordine pubblico. Più recentemente, la Suprema Corte Costituzionale tedesca (BVerfG, 24 gennaio 2007, JZ, 2007, 1046) ha mutato definitivamente il proprio orientamento affermando che la notificazione di atti processuali secondo il meccanismo previsto dalla Convenzione dell'Aja non viola i principi fondamentali di uno Stato democratico soltanto perché in essa sia formulata domanda di condanna al danno punitivo. Secondo la Corte, in tali situazioni la clausola di cui all'art. 13 della Convenzione non può essere invocata unicamente per la presenza di una domanda giudiziale volta ad ottenere condanna a risarcimento punitivo, dovendosi invece verificare se il *quantum* richiesto sia tale da porre in pericolo l'esistenza stessa del convenuto e come tale costituisca in assoluto un abuso nei suoi confronti. Significativamente la Corte riconobbe la diversa intensità che il concetto di ordine pubblico internazionale assume a seconda del contesto di applicazione, risultando in quel caso di minore intensità rispetto alle due differenti ipotesi nelle quali venga richiesta l'esecuzione di sentenza straniera o, e in questo caso acquisterà ancora maggior peso, l'applicazione della legge straniera in virtù del richiamo operato dalle norme di conflitto.

La seconda ipotesi immaginabile è quella nella quale l'applicazione da parte del giudice interno del diritto in materia di *punitive damages* venga in considerazione sulla base del richiamo ad esso operato in base alle norme di conflitto. La questione è destinata ad essere regolata in massima parte dal Regolamento Roma II (EC No. 864/2007) sulla legge applicabile alle obbligazioni non contrattuali, anche se non necessariamente la fattispecie concreta da cui scaturisca l'applicazione del rimedio del risarcimento punitivo deve inquadrarsi nella responsabilità extracontrattuale, pur ritenendo questa l'ipotesi più frequente. Ad ogni modo, non si rinviene casistica sul punto. È significativo che il predetto regolamento non soltanto contiene una specifica eccezione all'applicazione della legge richiamata in base ai criteri di collegamento in esso statuiti, in base alla contrarietà all'ordine pubblico (art. 26), ma che il testo originariamente proposto facesse esplicito riferimento a misure risarcitorie non compensative come suscettibili di violare la predetta clausola. Il riferimento in parola venne in seguito eliminato dal testo dell'articolo mantenendosene menzione unicamente nel testo del "considerando" n. 32. Sull'*iter* legislativo di emanazione del Regolamento Roma II, con specifico riguardo alla vicenda in questione si veda KOCH, *Punitive damages in European Law*, in KOZIOL, WILCOX (a cura di), *Punitive damages*, cit., 197 – 200.

Sulle questioni appena accennate nella presente nota si veda, più diffusamente, REQUEJO ISIDRO, *Punitive damages: how do they look like when seem from abroad?*, MEURKENS, NORDIN (a cura di), *The Power of Punitive damages*, cit., 311 ss; Id., *Punitive damages from a private international law perspective*, in KOZIOL, WILCOX (a cura di), *Punitive damages*, cit., 237 ss.

Sul punto dell'*exequatur* a sentenza straniera recante condanna a danni punitivi la posizione assunta dalle Corti dei paesi europei⁴⁵² non è unanime.

Uno dei primi paesi europei ad occuparsi della questione fu la Germania⁴⁵³, ove il Bundesgerichtshof nel 1992⁴⁵⁴ negò riconoscimento ad una sentenza pronunciata nello Stato della California, limitando il diniego alla statuizione contenente condanna al risarcimento punitivo.

La Corte Suprema tedesca invocò l'ordine pubblico del foro come preclusivo del predetto riconoscimento. L'istituto dei *punitive damages* in quanto volto a perseguire finalità di punizione e di deterrenza, venne ritenuto *per se* in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento e, in particolare, con il principio della esclusiva natura compensativa della responsabilità civile e con la netta

⁴⁵² Sulla questione oggetto del presente paragrafo v. BROGGINI, *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di «punitive damages» con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, 479 ss.; SARAVALLE, *I «punitive damages» nelle sentenze delle Corti europee e dei tribunali arbitrali*, in *Riv. Dir. Internaz. Priv. proc.*, 1993, 867 ss.

⁴⁵³ L'efficacia ed il riconoscimento di sentenze e atti stranieri è regolata nell'ordinamento tedesco dall'art. 328(1) del codice di procedura civile (Zivilprozessordnung (ZPO)).

La disciplina in parola prevede un sistema di riconoscimento automatico dell'atto straniero, escluso allorché ricorra una delle condizioni ostative in esso elencate (incompetenza della Corte straniera in base al diritto tedesco in materia di giurisdizione; l'atto introduttivo del giudizio non sia stato adeguatamente portato a conoscenza del convenuto rimasto contumace; contrarietà ad altra sentenza pronunciata da un giudice tedesco; il riconoscimento darebbe luogo ad un risultato incompatibile con i principi fondamentali dell'ordinamento tedesco, in particolare per contrarietà ai diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione (contrarietà all'ordine pubblico); lo Stato di provenienza non garantisca la reciprocità nel riconoscimento di sentenze provenienti da Corti tedesche).

⁴⁵⁴ BGH 4 giugno, 1992, 13 ZIP 1256 (1992), 45 [NJW] 3096 (1992), BGHZ 118, 312. Il caso riguardava il riconoscimento in Germania di una sentenza emessa nello Stato della California che condannava il convenuto, cittadino tedesco e al momento della richiesta residente in Germania, al risarcimento dei danni in favore dell'attore, per un abuso sessuale compiuto ai suoi danni. In favore di quest'ultima vennero liquidati dalla Corte Californiana 260 dollari a titolo di spese mediche, 150.000 dollari per futuri esborsi per trattamenti volti al recupero della serenità psicologica, 200.000 dollari a titolo di danno morale e 400.000 dollari a titolo di *punitive damages*. Il 40% di tale ammontare era destinato ad essere distratto in favore dell'avvocato, a titolo di spese legali ed onorari, conformemente all'accordo di *contingent fee* stipulato tra l'attore ed il proprio avvocato.

In primo grado venne dichiarata la eseguibilità della sentenza in Germania. In secondo grado, la Corte d'Appello di Düsseldorf ritenne che la sentenza fosse soggetta ad esecuzione solo per un ammontare massimo di 275.325 dollari, con conseguente riduzione dell'importo originariamente liquidato a titolo di *pain and suffering* e di *punitive damages* ritenendo l'ammontare eccessivo delle relative somme in contrasto con l'ordine pubblico del foro. In ultima istanza, fu ritenuto che la sentenza fosse soggetta ad esecuzione nella sua interezza, con esclusione della statuizione avente ad oggetto il danno punitivo, ritenuta contraria all'ordine pubblico del foro in ragione della finalità del rimedio *de quo*, incompatibili con il modello esclusivamente compensativo della responsabilità civile in diritto tedesco. Per un commento della sentenza v. BUNGERT, *Enforcing U. S. Excessive and Punitive Damages Awards in Germany*, in *The International Lawyer*, 1993, 1075 ss.; HAY, *The Recognition and Enforcement of American Money-Judgments in Germany. The 1992 Decision of the German Supreme Court*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1992, 729 ss.; per una disamina in lingua italiana della posizione tedesca v. D'ALESSANDRO, *Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, 387 – 392.

demarcazione tra diritto civile e diritto penale alla base di quell'ordinamento giuridico⁴⁵⁵. In subordine, la Corte riconobbe l'impossibilità di dare esecuzione in Germania ad una sentenza recante condanna ad un risarcimento di ammontare eccessivo, in quanto in contrasto con fondamentali principi costituzionali come quello di proporzionalità.

Il *reasoning* del Bundesgerichtshof si basò, dunque, sulla contrarietà in sé dell'istituto del danno punitivo, per le sue finalità, con l'ordine pubblico tedesco⁴⁵⁶.

Appare diversa e più innovativa la posizione assunta in Grecia⁴⁵⁷, Spagna e Francia. In tali Paesi il giudizio di compatibilità di una sentenza di condanna al risarcimento punitivo con le relative clausole di salvaguardia, contenute nelle rispettive leggi interne regolanti l'efficacia ed il riconoscimento di sentenze ed atti stranieri, si basa sulla valutazione della somma in concreto liquidata a titolo punitivo, la cui contrarietà all'ordine pubblico del foro dipende unicamente dalla circostanza che essa risulti eccessiva o sproporzionata, non rilevando di per sé stessa la natura punitiva del risarcimento al fine di determinarne la predetta contrarietà⁴⁵⁸.

Nel 2001⁴⁵⁹ il Tribunal Supremo spagnolo si pronunciò in favore del riconoscimento di una sentenza statunitense recante condanna ad un risarcimento punitivo⁴⁶⁰.

⁴⁵⁵ La Corte, in realtà, riconobbe che una condanna a risarcimento punitivo avrebbe potuto ottenere riconoscimento qualora la somma liquidata fosse risultata svolgere funzione compensativa di voci di danno non adeguatamente compensabili nel sistema americano, ad esempio, qualora essa fosse stata accordata a titolo satisfattivo o con funzione di retroversione del profitto illecito, o compensativa delle spese di lite. Nondimeno, essendo preclusa alla Corte la possibilità di rivedere nel merito la decisione straniera ciò si sarebbe potuto verificare solo allorquando dalla stessa pronuncia fossero risultate chiare le predette componenti compensative del risarcimento punitivo. Sul punto v. BUNGERT, *Enforcing U. S. Excessive and Punitive Damages Awards in Germany*, cit., 1086.

⁴⁵⁶ In ciò la pronuncia differisce dalla sentenza di appello che fondava il proprio parziale rifiuto di dare esecuzione alla sentenza statunitense sull'ammontare eccessivo della somma liquidata piuttosto che sulla natura e sulle finalità della voce di danno di cui essa era espressione. Cfr. sul punto D'ALESSANDRO, op. cit., 389.

⁴⁵⁷ Sul punto v. REQUEJO ISIDRO, *Punitive damages: how do they look like*, cit., 326.

⁴⁵⁸ REQUEJO ISIDRO, *Punitive damages from a private international law perspective*, cit., 246 – 247, riferisce come l'orientamento di parte della dottrina tedesca sulla questione collimi con la posizione delle altre giurisdizioni europee per come descritta nel testo. La stessa sentenza della Suprema Corte Costituzionale tedesca (BVerfG, 24 gennaio 2007, JZ, 2007, 1046) di cui si è detto all'inizio di questo paragrafo, in nota, seppur in materia di notificazioni di atti stranieri, per l'enfasi che essa ripone sull'aspetto quantitativo della statuizione da riconoscere, piuttosto che sulla natura del risarcimento in sé e per sé, potrebbe essere il preludio di un mutamento dell'orientamento della giurisprudenza tedesca anche sulla questione del riconoscimento.

⁴⁵⁹ *Miller Import Corp. v. Alabastros Alfredo, S.L.*, STS, 13 novembre 2001, Exequatur n. 2039/1999. La sentenza è tradotta in lingua inglese e commentata in JABLONSKI, *Enforcing U.S. punitive damages awards in foreign courts-a recent case in the supreme court of Spain*, in 24 *J.L. & Com.*, 2005, 225 ss.

⁴⁶⁰ Soluzione favorevole alla questione del riconoscimento è stata data, in un caso risalente nel tempo, dalla Corte d'Appello di Basilea in *S.F. Inc. v. T.C.S. AG*, *Basler Juristische Mitteilungen* (BJM) 1991, 31 ss. Il caso verteva sul riconoscimento di una sentenza proveniente dallo Stato

In quella sede, la Società condannata formulò opposizione al riconoscimento della pronuncia per la sua contrarietà all'ordine pubblico spagnolo a causa della natura punitiva del rimedio risarcitorio accordato, sconosciuto al diritto privato interno. La Corte riconobbe l'esistenza nel diritto privato spagnolo di rimedi di tipo punitivo o preventivo e di una componente punitiva all'interno del risarcimento del danno morale. Essa affermò che, per tali ragioni e considerato anche il carattere internazionalprivatistico della vicenda⁴⁶¹, non poteva affermarsi la contrarietà dell'istituto dei danni punitivi ai principi che confluiscono nel concetto di ordine pubblico internazionale. Essa fece, invece, riferimento al canone di proporzionalità quale parametro che consentiva nel caso di specie di disattendere le avanzate censure di contrarietà al medesimo.

Recentemente, la questione del riconoscimento di una sentenza statunitense di condanna al risarcimento punitivo è stata oggetto di cognizione da parte della *Cour de Cassation* francese⁴⁶².

In quella sede il supremo organo giurisdizionale francese ha statuito la non contrarietà, in via di principio, della sentenza straniera avente ad oggetto la condanna del convenuto al pagamento di una somma a titolo di *punitive damages*, purché il relativo importo non sia sproporzionato rispetto al danno e alla natura della condotta illecita (nel caso di specie un illecito contrattuale)⁴⁶³.

Per quel che concerne la posizione assunta sul punto dalla Corte di Cassazione Italiana, essa ha avuto modo di pronunciarsi sulla questione in due occasioni, dichiarando in entrambe la impossibilità di dare esecuzione in Italia a sentenza

della California e recante condanna ad un risarcimento compensativo pari a 120.000 dollari e ad un risarcimento punitivo pari a 50.000 dollari. La controversia originava da un contratto di trasporto Stati Uniti – Regno Unito ed era regolata e fu decisa in base al diritto inglese.

⁴⁶¹ Ed in particolare, i suoi deboli legami con l'ordinamento giuridico spagnolo.

⁴⁶² Cour de Cassation, Dec. 1, 2010, Bull. civ. II, No. 248. Di seguito i fatti di causa. Nel luglio 1999 Peter Schlenzka e Julie Langhorne decisero di acquistare un catamarano dalla ditta francese Fountaine Pajot, con sede in La Rochelle, al prezzo di 826.000 dollari. Mentre si trovava attraccata nel porto della cittadina francese l'imbarcazione subì dei seri danni strutturali a causa di una tempesta. L'imbarcazione fu comunque consegnata a Miami nel febbraio dell'anno successivo senza che l'accaduto venisse rivelato agli acquirenti. Successivamente, il catamarano incominciò a mostrare i propri difetti strutturali e l'inganno fu scoperto dai proprietari, i quali agirono in giudizio nei confronti di Fountaine Pajot. Nel 2003 la Corte Suprema della California condannò la convenuta al pagamento di una somma complessiva di 3.253.734 dollari in favore degli attori (Superior Court of California, County of Alameda, *Peter X & Julie Y v Fountaine Pajot*, 26 febbraio 2003, no 837722 – 1). La somma era ripartita nelle seguenti voci risarcitorie: 1.391.650 dollari per il costo delle riparazioni, 402.084 dollari per le spese legali, 1.460.000 dollari a titolo di danni punitivi.

Sulle condizioni che presiedono al giudizio di *exequatur* nel diritto francese v. Wester – Ouisse, THIEDE, *Punitive Damages in France: A New Deal?*, in 3 *JETL*, 2012, 115 ss., 116 -118.

⁴⁶³ La Corte affermò: «*if a condemnation to pay punitive damages is, as such, not contrary to public order, it is otherwise when the amount of damages is obviously disproportioned compared to the harm suffered and the contractual breach*». (Traduzione in inglese di MAHÉ, *Punitive damages in the competing reform drafts of the French Civil Code*, in MEURKENS, NORDIN, *The Power of Punitive Damages*, cit. 261.

La Corte, applicando alla fattispecie concreta il principio affermato, ritenne, però, di dover negare l'*exequatur* in ragione dell'ammontare spropositato della somma accordata a titolo punitivo.

recante condanna a risarcimento punitivo, in quanto produttiva di effetti contrari all'ordine pubblico⁴⁶⁴.

La prima occasione fu quella da cui originò la celebre sentenza 1183/2007⁴⁶⁵.

In quella sede la Corte Suprema di Cassazione, confermando la sentenza resa nel precedente grado di giudizio dalla Corte d'Appello di Venezia⁴⁶⁶, affermò la

⁴⁶⁴ Il riconoscimento di sentenze straniere è regolato nel nostro ordinamento dall'art. 64 della L. 31 maggio 1995, n. 218, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. La legge 218/1995 pone il principio dell'automaticità del riconoscimento delle sentenze civili straniere a condizione che siano integrati i requisiti di cui all'art. 64. Viene meno, dunque, il sistema della delibazione previsto dall'art. 796 c.p.c. e l'intervento dell'Autorità giudiziaria (nella specie, la Corte d'Appello) diviene eventuale, allorché esso si renda necessario, ai sensi dell'art. 67 della Legge, in caso di contestazione dei requisiti di cui all'art. 64 da parte di chiunque vi abbia interesse o nell'ipotesi in cui il provvedimento straniero non venga spontaneamente eseguito e sia necessario procedere ad esecuzione forzata. Sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere si v. MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, Torino, 2007, 257 ss.

Tra i requisiti previsti dall'art. 64 della Legge 218, la lettera g) statuisce che per il riconoscimento della sentenza è necessario che le sue disposizioni non producano effetti contrari all'ordine pubblico. Analogamente a quanto previsto all'art. 16 che esclude l'applicazione della normativa straniera richiamata dalla relativa norma di conflitto da parte del giudice italiano qualora i suoi effetti siano contrari all'ordine pubblico. Osservano a tal proposito, CAMPEIS, DE PAULI, *Danni punitivi, ordine pubblico e sentenze straniere delibande a contenuto anfibio*, nota a Corte App. Venezia, 15.10.2001, in *NGCC*, 2002, 772 – 773, che, poiché l'accertamento in ordine alla contrarietà della sentenza all'ordine pubblico va condotto con riferimento agli effetti che il suo riconoscimento è in grado di produrre nell'ordinamento italiano, la verifica di compatibilità va effettuata non soltanto con riferimento alla mera statuizione pecuniaria di condanna ma anche con riferimento alla *causa petendi* su cui essa si basa. Ed infatti, è solo prendendo in considerazione il rapporto sostanziale di riferimento, che potrà valutarsi l'impatto degli effetti della sentenza con l'ordine pubblico italiano.

⁴⁶⁵ Cassazione Civile, Sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, 1460, con nota di PONZANELLI, *Danni punitivi: no grazie*; in *Corr. giur.*, 2007, 497, con nota di FAVA, *Punitive damages e ordine pubblico: la cassazione blocca lo sbarco*; in *NGCC.*, 2007, I, 981 ss. con nota di OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*; in *Danno e Resp.*, 2007, 1125 ss., con nota di PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice*.

La vicenda originava dalla richiesta formulata dall'attrice nel gennaio del 1995 volta ad ottenere la delibazione (alla controversia si applicava la disciplina degli artt. 796 ss. c.p.c., in quanto al momento della notifica dell'atto introduttivo del giudizio la disciplina della L. 218 non era ancora vigente) di sentenza proveniente dalla Corte Distrettuale di Jefferson County (Alabama) con la quale la Fimez s.p.a. veniva condannata al pagamento di 1 milione di dollari. La somma veniva liquidata in favore della medesima a titolo di risarcimento del danno per la morte del figlio, il quale aveva perso la vita a causa di un incidente stradale occorsogli mentre guidava la propria motocicletta. Nel giudizio innanzi alla Corte statunitense fu accertato che, in seguito alla collisione con un altro veicolo, il giovane era stato sbalzato dalla sella e che, a causa dell'urto, la fibbia del casco, prodotto dalla produttrice italiana Fimez s.p.a., per causa di un difetto di fabbricazione si era aperta facendo sì che il casco si slacciasse dal capo del guidatore, il quale per tale ragione aveva subito la rottura del cranio con esito mortale.

⁴⁶⁶ Corte App. Venezia, 15.10.2001, in *NGCC*, 2002, 765 ss., con nota di CAMPEIS, DE PAULI, *Danni punitivi, ordine pubblico e sentenze straniere delibande a contenuto anfibio*; in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, 1021, con nota di CRESPI REGHIZZI, *Sulla contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna a punitive damages*. La Corte, chiamata a delibare la sentenza statunitense, respinse la richiesta, pur compensando le spese di lite. Il percorso argomentativo del Giudice si snoda essenzialmente in due passaggi: in primo luogo, l'effetto combinato dell'ammontare considerevole della somma e della mancanza di motivazione della sentenza con riferimento ai criteri utilizzati nella quantificazione del risarcimento, venne ritenuto dalla Corte sufficiente per far "presumere ragionevolmente" la natura punitiva e sanzionatoria del risarcimento

contrarietà all'ordine pubblico italiano della pronuncia straniera, in base alla estraneità al sistema italiano di responsabilità civile della idea della punizione e della sanzione ed alla sua esclusiva finalità compensativa. La natura compensativa della responsabilità civile viene, ad assumere, secondo la Suprema Corte di Cassazione, un'importanza tale all'interno dell'ordinamento privatistico italiano da determinarne l'inclusione all'interno di quel nucleo di principi fondamentali ed irrinunciabili che rientrano nel concetto di ordine pubblico internazionale.

Nel percorso argomentativo della Suprema Corte è evidente che è l'istituto dei *punitive damages* ad essere considerato di per sé in contrasto con l'ordine pubblico, in ragione delle sue finalità di punizione e deterrenza, a prescindere dalla valutazione di proporzionalità del *quantum* del risarcimento liquidato.⁴⁶⁷

Come da più parti rilevato, l'immagine della responsabilità civile rispecchiata nella sentenza della Corte, come istituto ancorato al dogma della compensazione pura sembra stridere con il sistema reale nel quale, pur assumendo la funzione compensativa il ruolo di attore principale, emergono figure rimediali piegate alla finalità sanzionatoria, deterrente o di retroversione degli utili, in linea con l'esigenza avvertita tanto dal legislatore quanto da giurisprudenza e dottrina, di far

accordato, nonostante la mancanza di espressa qualificazione in termini di *punitive damages* all'interno della sentenza delibanda; tale prima conclusione è presupposto del *decisum* della sentenza, a mente della quale, l'istituto dei "*punitive damages*", per le sue connotazioni penalistiche e in quanto configurante ipotesi di esercizio privato della potestà pubblica, è palesemente contrario all'ordine pubblico, posto che i principi regolatori del sistema civilistico italiano di responsabilità da illecito extracontrattuale configurano il risarcimento dovuto dal danneggiante in termini di esclusiva riparazione del pregiudizio arrecato al danneggiato.

Quanto al primo passaggio, stupisce l'interprete la circostanza che la Corte abbia qualificato in via presuntiva la somma oggetto della condanna come risarcimento punitivo, pur in mancanza di espressa qualificazione in tal senso all'interno della sentenza delibanda. Ciò specialmente se si tiene in conto la prassi in uso presso le Corti statunitensi di procedere a liquidazione separata della predetta voce di danno. Sul punto, cfr. REQUEJO ISIDRO, *Punitive damages from a private international law perspective*, cit., 248.

⁴⁶⁷ A tal proposito, le due sentenze si rivelano come altrettante occasioni mancate. Ed infatti, il percorso argomentativo di entrambi i giudici parte dalla valutazione in ordine alla eccessività della somma liquidata in favore dell'attrice. Tale dato fattuale viene utilizzato dalla Corte d'Appello per desumere, in via presuntiva, la qualificazione come danno punitivo della relativa somma liquidata (valutazione, questa, confermata in secondo grado dalla Suprema Corte di Cassazione, in virtù della sua caratterizzazione come giudizio di merito incensurabile in sede di legittimità). Il passo successivo è l'affermazione da parte dei due giudici della contrarietà dell'istituto del danno punitivo all'ordine pubblico del foro, in ragione della sua natura e della sua finalità. A prescindere dalla qualificazione attribuita alla somma liquidata dal giudice di merito, entrambi i giudici avrebbero potuto arrestarsi alla valutazione del *quantum* della somma, in base a criteri di proporzionalità e valutarne unicamente sotto tale profilo la compatibilità con l'ordine pubblico del foro, senza spingersi cioè a dichiarare la contrarietà allo stesso del danno punitivo *tout court* e allineandosi, così, alla più recente prassi degli ordinamenti comunitari. Cfr. sul punto PONZANELLI, op. loc. ult. cit.

La scarsa valorizzazione del profilo quantitativo emerge anche dal dispositivo della sentenza della Corte d'Appello, la quale si limita a rigettare *in toto* la richiesta di delibazione mentre avrebbe potuto spingersi a rigettarne il riconoscimento soltanto in parte, riconducendo così la somma liquidata ad un ammontare compatibile con l'ordine pubblico del foro.

fronte a situazioni cui il rimedio risarcitorio puro non è in grado di offrire adeguata tutela⁴⁶⁸.

Il principio affermato dalla Suprema Corte di Cassazione venne applicato circa un anno dopo dalla Corte d'Appello di Trento⁴⁶⁹. La sentenza, seppur argomentata in modo più approfondito rispetto al precedente del 2007⁴⁷⁰, sembra far riposare le ragioni del diniego di riconoscimento, limitato alla sola statuizione di condanna ai *punitive damages*, ancora una volta sulla incompatibilità dell'istituto del risarcimento punitivo con l'ordine pubblico italiano, per il suo carattere penalistico, in linea con quanto affermato in precedenza dalla Cassazione.

L'ultimo atto della vicenda si consuma con la sentenza resa dalla Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione, 8 febbraio 2012, n. 1781,⁴⁷¹ la quale ribadisce il contrasto tra ordine pubblico italiano e danni punitivi.

⁴⁶⁸ Ciò che si discute, non è tanto il risultato raggiunto dalla Corte di Cassazione, quanto il percorso argomentativo che ad esso l'ha condotta, il cui tassello fondamentale è la apodittica declamazione dell'esclusiva funzione compensativa della responsabilità civile italiana. Osserva a tal proposito PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice*, cit., 1130 – 1131, come il rifiuto della deliberazione per la natura punitiva del rimedio invocato e la assunzione della natura compensativa della responsabilità civile a principio di ordine pubblico strida con le aperture del legislatore nostrano verso l'operatività di strumenti rimediali aventi il duplice obiettivo di sanzionare l'autore dell'illecito e di dissuadere chicchessia dall'emulare tale condotta illegittima. L'A. cita a tal proposito il rimedio della retroversione degli utili ex art. 125 del Codice di Proprietà Industriale e la riparazione pecuniaria ex art. 12 legge 8 febbraio 1948, n.47 (L. Stampa). Cfr. sul punto anche PONZANELLI, *Danni punitivi: no, grazie*, cit., 1463 – 1464, il quale afferma che l'equazione fissata dalla Cassazione tra responsabilità civile e risarcimento compensativo appare deludente alla luce del dibattito intellettuale sulle funzioni della responsabilità civile avviatosi in seno alla dottrina. Altrove (PONZANELLI, *Non riconoscimento dei danni punitivi nell'ordinamento italiano: una nuova vicenda*, in *Danno e Resp.*, 2009, 94) l'A. afferma, con riferimento all'esistenza nel nostro ordinamento privatistico di figure rimediali risarcitorie di carattere non strettamente compensativo, che «se la giurisprudenza e il legislatore stesso hanno riconosciuto l'esistenza di forme di risarcimento del danno che superano abbondantemente i limiti della riparazione del danno, ciò significa che alla integrale riparazione non può più essere riconosciuto il valore di un principio irrinunciabile del nostro sistema».

⁴⁶⁹ Corte d'appello di Trento, Sezione dist. di Bolzano, 16 agosto 2008, n. 151 in *Danno e Resp.*, 2009, 92 ss., con nota di PONZANELLI, *Non riconoscimento dei danni punitivi nell'ordinamento italiano: una nuova vicenda*; in *Corr. Giur.*, 2009, 523 ss., con nota di FAVA, *Funzione sanzionatoria dell'illecito civile? una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra danni punitivi e ordine pubblico*. Si trattava del riconoscimento di sentenza emessa nello Stato della Florida con la quale il convenuto veniva condannato a risarcire il danno da diffamazione per una somma pari a 230.000 dollari in *compensatory damages* e 416.666 dollari in *punitive damages*.

⁴⁷⁰ Sul punto v. PONZANELLI, op. ult. cit., 95.

⁴⁷¹ Cassazione Civile, sez. I, 8 febbraio 2012, n. 1781, in *Corr. Giur.*, 2012, 1068 ss., con nota di PARDOLESI, *La cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!*; in *Foro It.*, 2012, 1454 ss., con nota di DE HIPOLYTIS, *Condanne (straniere) al risarcimento dei danni punitivi: sono davvero insormontabili gli ostacoli al riconoscimento?*; in *Danno e Resp.*, 2012, 609 ss., con nota di PONZANELLI, *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio*. Il caso riguardava il riconoscimento in Italia di una sentenza emessa dalla Corte Suprema del Massachusetts con la quale erano stati liquidati in favore del richiedente ben 8 milioni di dollari (l'importo originario di 5 milioni risultava accresciuto in ragione degli interessi) a titolo di risarcimento (non ulteriormente specificato nella sentenza), per il danno subito a seguito di un infortunio sul lavoro, nei confronti del produttore italiano del macchinario difettoso a causa del quale l'incidente si era verificato.

La Corte d'Appello di Torino ⁴⁷² aveva dichiarato in primo grado il riconoscimento e l'efficacia di una sentenza statunitense⁴⁷³ recante condanna di una Società italiana ad un risarcimento particolarmente sostanzioso. La Corte sabauda aveva respinto le censure di contrarietà all'ordine pubblico rivolte nei confronti della sentenza e ritenuto, al contempo, inappropriato il richiamo al precedente del 2007 in base a due ragioni. In primo luogo, anche in questo caso mancava nella sentenza qualsiasi riferimento alla natura punitiva del risarcimento liquidato. Inoltre, la somma liquidata non appariva eccessiva alla luce della gravità oggettiva del fatto, un infortunio sul lavoro che si era consumato con modalità particolarmente cruenta, con esiti particolarmente dolorosi per il lavoratore coinvolto, che aveva richiesto un rilevante numero di interventi chirurgici e considerata, altresì, la giovane età del lavoratore (all'epoca dei fatti trentasettenne). Il percorso argomentativo seguito dalla Corte territoriale, al di là del merito della conclusione raggiunta, sembra contenere un elemento di novità rispetto ai precedenti: esso pare volersi allineare alla più recente prassi delle Corti europee, nell'ambito della quale la valutazione di conformità con l'ordine pubblico del foro viene effettuata con riferimento al dato quantitativo del risarcimento in concreto liquidato, di cui si valuta la eventuale eccessività, escludendosi che esso sia in radice incompatibile con l'*ordre public*, in ragione delle sue finalità pseudopenalistiche.

Tali aperture vennero, però, frustrate dalla Suprema Corte di Cassazione, che, ancora una volta, ribadì l'orientamento palesato circa cinque anni prima, cassando la sentenza della Corte sabauda. Ed infatti, la Suprema Corte, richiamando testualmente il precedente del 2007, affermò nuovamente la contrarietà all'ordine pubblico del risarcimento punitivo sulla base della estraneità al sistema di responsabilità civile italiano dell'idea della punizione e della sanzione e della indifferenza al suo interno di qualsiasi valutazione vertente sulla condotta di questo.⁴⁷⁴

3. Le suggestioni provenienti dal diritto europeo

⁴⁷² Corte d'Appello di Torino, Sez. I, 29 settembre 2009.

⁴⁷³ Procedimento numero MICV 97-04563, 7 aprile 2004.

⁴⁷⁴ La Corte, invero, fece poi riferimento anche all'aspetto quantitativo del risarcimento in concreto liquidato, affermando: «In ogni caso, nella verifica della contrarietà o meno della sentenza straniera all'ordine pubblico interno, considerati anche i rilevati limiti del petitum nella diversa sede, i giudici di merito si sono affidati al mero riscontro della compatibilità dell'intero ammontare della condanna straniera con la natura e la gravità dei danni subiti dall'O., e, dunque, ad una valutazione puramente astratta, apodittica, concretante mera illazione, quando invece, seguendo tale impostazione, avrebbero dovuto dare anche conto della ragionevolezza e proporzionalità del liquidato in sede estera in rapporto non solo alle specificità dell'illecito ed alle patite conseguenze, ma anche in confronto dei criteri risarcitori interni». Si tratta, ad ogni modo, di argomentazioni ulteriori che si affiancano alla principale riferita nel testo e sulla base della quale fu cassata la sentenza di Appello.

La prospettiva del diritto di provenienza europea si rivela imprescindibile nella trattazione di qualsiasi argomento che attenga al diritto degli Stati dell'Unione. Ed infatti, il processo di integrazione europea è giunto ad un tale livello di avanzamento tale da far sì che il diritto degli Stati membri risulti "inondato" dalla legislazione comunitaria, cui si aggiungono le regole di derivazione giurisprudenziale distillate dagli organi giurisdizionali europei nella loro opera di interpretazione del diritto comunitario.

È, dunque, dalla considerazione del diritto di derivazione europea che conviene prendere le mosse.

La posizione del diritto europeo in materia appare non soltanto ambivalente, ma addirittura contraddittoria⁴⁷⁵. Se, infatti, il diritto dell'Ue rimane generalmente fedele al principio compensativo⁴⁷⁶, dominante nell'ambito delle tradizioni giuridiche degli Stati membri, esso pare subire il fascino della potenzialità che il rimedio risarcitorio è in grado di offrire sul versante della deterrenza, come strumento di garanzia della piena attuazione del diritto europeo.

L'affermazione in parola, ad esempio⁴⁷⁷, trova conferma nella giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di discriminazioni sessuali nell'ambito lavorativo. Nel caso Von Colson⁴⁷⁸ la Corte venne chiamata a pronunciarsi sulla

⁴⁷⁵ Così KOCH, *Punitive damages in European Law*, in KOZIOL, WILCOX (a cura di), *Punitive damages*, cit., 197, citando Wagner, in nota n 1.

⁴⁷⁶ Ad esempio, non pare che il ricorso a strumenti risarcitori di carattere extracompensativo sia consentito nell'azione extracontrattuale volta a far valere la responsabilità dell'Ue per i danni cagionati dalle Istituzioni o dai loro agenti, ai sensi dell'art. 340 del TFUE (prima art. 288 TCE), il quale utilizza una terminologia che evoca unicamente lo strumento compensativo. Cfr. sul punto, OLIPHANT, *The Nature and Assessment of Damages*, in KOZIOL, SCHULZE (a cura di), *Tort Law of the European Community*, Vienna, 2008, 241; KOCH, *Punitive damages in European Law*, in KOZIOL, WILCOX (a cura di), *Punitive damages*, cit., 197; VANLEENHOVE, *Punitive Damages and European Law: Quo Vademus?*, in MEURKENS, NORDIN (a cura di), *The Power of Punitive Damages*, cit., 341.

⁴⁷⁷ Un esempio ulteriore delle aperture del diritto europeo verso forme di risarcimento non compensativo, è quello di cui all'art. 18 del Regolamento 1768/1995, di attuazione dell'esenzione agricola di cui all'art. 14 c. 3 del Regolamento 2100/1994, dettato in materia di privativa agricola europea. Il predetto art. 18 prevede, infatti, che qualora l'agricoltore titolare dell'esenzione violi le modalità di esercizio della stessa dettate dall'art. 14.3 del secondo Regolamento citato, il titolare del diritto di privativa agricola possa ottenere a titolo risarcitorio una somma pari almeno a quattro volte la somma che avrebbe dovuto essergli corrisposta in base ai criteri di cui all'art. 14.3 per la coltivazione di una corrispondente quantità della specie vegetale protetta, fermo restando il risarcimento del maggior danno. Appare opportuno, per inciso, notare come non sia casuale che la predetta disposizione sia stata dettata in materia di diritti di proprietà industriale (in questo caso su varietà vegetali), trattandosi di un settore particolarmente sensibile con riguardo alle esigenze di tutela avverso aggressioni nei confronti dei relativi diritti immateriali. Proprio in tale settore le esigenze di individuazione di adeguati strumenti di tutela dei relativi diritti immateriali hanno spinto i legislatori nazionali ad aperture nei confronti di rimedi risarcitori extracompensativi. Sulla disposizione in questione cfr. VANLEENHOVE, *Punitive Damages and European Law: Quo Vademus?*, cit., 341.

⁴⁷⁸ CGE, C-14/83, *Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen* [1984].

corretta interpretazione della direttiva 76/207/CEE⁴⁷⁹, di attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne in ambito lavorativo, ed in particolare, sulla sua compatibilità con la disciplina di attuazione tedesca che approntava il rimedio del risarcimento del danno in favore del lavoratore ingiustamente discriminato⁴⁸⁰. In particolare, vertendo la causa su una discriminazione nell'accesso al lavoro, la Corte territoriale aveva concluso per la liquidazione in favore di parte attrice di una somma irrisoria, in quanto, secondo il diritto tedesco in materia di risarcimento del danno, in una situazione siffatta alla stessa spettava unicamente il risarcimento del cd. interesse negativo, consistente nelle spese sostenute in buona fede nell'aspettativa ragionevole di non venire discriminata nell'accesso all'impiego⁴⁸¹.

La Corte di giustizia riconobbe che gli Stati erano liberi di scegliere quali misure adottare nella attuazione della direttiva purché si conformassero all'obiettivo perseguito dalla stessa, cioè quello di garantire tutela effettiva ed efficace ai soggetti discriminati ed, al contempo, realizzare un effetto dissuasivo reale nei confronti del datore di lavoro⁴⁸². Di conseguenza essa ritenne incompatibile con la

⁴⁷⁹ Direttiva 76/207 CEE relativa all'attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro.

⁴⁸⁰ L'art 6 della direttiva prevedeva nella sua versione originaria (quella considerata dalla Corte di giustizia in *Von Colson*):

«gli Stati membri introducono nei rispettivi ordinamenti giuridici interni le misure necessarie per permettere a tutti coloro che si ritengono lesi dalla mancata applicazione nei loro confronti del principio della parità di trattamento, ai sensi degli articoli 3, 4 e 5, di far valere i loro diritti per via giudiziaria, eventualmente dopo aver fatto ricorso ad altre istanze competenti».

La disposizione in parola era stata trasposta nel diritto tedesco per mezzo del § 611bis del BGB, il quale prevedeva al secondo comma (nella traduzione di cui alla versione italiana della sentenza *Von Colson*):

«2. Qualora il rapporto di lavoro non venga istaurato a causa di una trasgressione del principio della parità di trattamento, di cui al n. 1, imputabile al datore di lavoro, questo è tenuto a risarcire il danno subito dal lavoratore il quale ritenga in buona fede che tale trasgressione non osterà all'istaurarsi del rapporto di lavoro»

⁴⁸¹ La fattispecie, infatti, si inquadrava nella categoria della colpa precontrattuale e, secondo il diritto Tedesco in materia di risarcimento del danno contrattuale, in ipotesi siffatte l'unica voce di danno risarcibile consiste nella rifusione delle spese in buona fede sostenute dalla parte per avere fatto affidamento nella conclusione del contratto. Cfr. sul punto BEHR, *Punitive damages in American and German law tendencies towards approximation of apparently irreconcilable concepts*, in 78 *Chi.-Kent L. Rev.*, 2003, 105 ss., 141, il quale cita a tal proposito la decisione dell' *Arbeitsgericht* (Tribunale del Lavoro), Hamm judgment of July 5, 1982, in 29 *Betriebs-Berater*, 1983, 1858 che concesse una somma di 2.31 marchi tedeschi all'attore in luogo dei dodicimila marchi richiesti, pari alla paga di sei mesi, a titolo di spese per l'affrancatura della candidatura spedita.

⁴⁸² Il testo della direttiva fu successivamente modificato nel 2002, al fine di tenere conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia. Il testo dell'art. 6 della Direttiva 76/207 CEE, così come emendato dalla Direttiva 2002/73 CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, così recita:

«1. Gli Stati membri provvedono affinché tutte le persone che si ritengono lese, in seguito alla mancata applicazione nei loro confronti del principio della parità di trattamento, possano accedere, anche dopo la cessazione del rapporto che si lamenta affetto da

direttiva una disciplina statale che si limitasse ad accordare al soggetto vittima dell'illecita discriminazione un risarcimento simbolico, in quanto inidonea a realizzare i predetti obiettivi⁴⁸³.

Dall'analisi del *decisum* in questione emerge chiaramente come l'obiettivo preso di mira dalla Corte sia quello di garantire la piena attuazione del diritto comunitario, secondo la dottrina cd. dell'effetto utile, restando indifferente che gli Stati scelgano quale rimedio a ciò preposto il risarcimento del danno o la sanzione di carattere amministrativo. E però, sul terreno del rimedio del risarcimento dei

discriminazione, a procedure giurisdizionali e/o amministrative, comprese, ove lo ritengono opportuno, le procedure di conciliazione finalizzate all'esecuzione degli obblighi derivanti dalla presente direttiva.

2. Gli Stati membri introducono nei rispettivi ordinamenti giuridici nazionali le misure necessarie per garantire un indennizzo o una *riparazione reale ed effettiva* che essi stessi stabiliscono per il danno subito da una persona lesa a causa di una discriminazione contraria all'articolo 3, in modo tale da risultare *dissuasiva e proporzionata* al danno subito; tale indennizzo o riparazione non può avere un massimale stabilito a priori, fatti salvi i casi in cui il datore di lavoro può dimostrare che l'unico danno subito dall'aspirante a seguito di una discriminazione ai sensi della presente direttiva è costituito dal rifiuto di prendere in considerazione la sua domanda». (corsivo aggiunto).

Il riferimento a misure di implementazione delle Direttive, comprensive del rimedio del risarcimento del danno, che siano «effettive, proporzionate e dissuasive» si ritrova all'interno della legislazione di provenienza europea. Si veda, ad esempio, l'art. 17 della Direttiva 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro; sempre in materia di discriminazioni, l'art. 15 della Direttiva 2000/43/CE, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone, indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica. Come rilevato da KOCH, op. cit., 200 – 202 la legislazione europea utilizza in modo disinvolto la formula magica “*effettive, proporzionate, dissuasive*” quale *standard* per misurare i rimedi che gli Stati debbono approntare nell'implementazione delle direttive, talora con riferimento espresso ai rimedi di carattere civilistico talaltra parlando genericamente in termini di sanzioni o pene, con riferimento tanto a questi ultimi quanto alle sanzioni di tipo amministrativo.

⁴⁸³ La normativa tedesca fu poi emendata per tenere conto della sentenza Von Colson. Il § 611 bis del BGB, fu così modificato:

«(2) *In case the employer in the course of the application procedure violates the prohibition of discrimination under § 1 the applicant thus discriminated may demand adequate compensation in money; a claim for establishing a labor relationship does not exist.*

(3) *In case the applicant had not been employed even in case of non discriminatory treatment, the employer has to pay an adequate compensation not higher than three month prospective wages*». La traduzione è di BEHR, *Punitive damages in American and German law*, cit., 143, nt. 197.

Essa è, poi, confluita nell'AGG, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Equal Treatment Act)*. Secondo il § 15 dello stesso:

«(1) *In the event of a violation of the prohibition of discrimination, the employer shall be under the obligation to compensate the damage arising therefrom. This shall not apply where the employer is not responsible for the breach of duty.*

(2) *Where the damage arising does not constitute economic loss, the employee may demand appropriate compensation in money. This compensation shall not exceed three monthly salaries in the event of non-recruitment, if the employee would not have been recruited if the selection had been made without unequal treatment (...)*».

Ad ogni modo la questione fu oggetto di ulteriori interventi giurisprudenziali da parte della Corte di Giustizia, che videro come parte in causa non soltanto lo Stato Tedesco. Si vedano, in particolare, i due casi *M. Helen Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority* [1993], CGE C-271/91 e *Nils Draehmpaehl v Urania Immobilienservice OHG* [1997] C-180/95.

danni, la sentenza produce delle conseguenze che non possono essere tralasciate: qualora, infatti, come nel caso tedesco, il rimedio prescelto dallo Stato membro nei confronti dell'illecita discriminazione sia quello del risarcimento del danno, il perseguimento degli obiettivi enucleati dalla Corte esigerà che lo stesso venga congegnato in modo tale che la funzione deterrente acquisti un valore primario, non più quale collaterale obiettivo realizzato nei limiti consentiti dal principio della *restitutio in integrum*, quanto piuttosto quale funzione principale da realizzare anche qualora ciò comporti l'innalzamento della somma da risarcire oltre la soglia compensativa.⁴⁸⁴

Che il diritto dell'Ue sia particolarmente sensibile alle potenzialità che i rimedi risarcitori sono in grado di offrire in punto di deterrenza è testimoniato, altresì, dai tentativi proposti dalla Commissione, *de iure condendo*, di utilizzare forme di risarcimenti consistenti in multipli del danno effettivamente subito dal danneggiato nell'ambito della disciplina della concorrenza, con finalità di potenziamento del cd. *private enforcement*⁴⁸⁵. Tali tentativi si sono però scontrati con il profondo radicamento del dogma della funzione di compensazione esclusiva del risarcimento del danno nell'ambito delle tradizioni giuridiche degli Stati membri e le opposizioni riscontrate dalle proposte della Commissione in tal senso l'hanno, dunque, costretta ad abbandonarle.

4. I progetti di riforma del *Code Civil* francese tra tradizione ed innovazione

Desta particolare interesse per l'interprete che intenda affrontare il tema del risarcimento punitivo nell'ambito degli ordinamenti europei continentali un recente sviluppo ascrivibile al diritto francese, seppur allo stato degli atti

⁴⁸⁴ Cfr. sul punto JANSEN, RADEMACHER, *Punitive damages in Germany*, in KOZIOL, WILCOX, op. cit., 85, il quale afferma che nel diritto tedesco la disciplina in materia di risarcimento del danno da discriminazione non può credibilmente essere spiegata in termini compensativi. Ed, infatti, la disciplina richiede la liquidazione di un risarcimento sostanzioso anche in favore del candidato che, pur discriminato, non sia in grado di dimostrare che egli avesse una seria *chance* di accesso all'impiego. È chiaro, secondo l'A., l'intento regolativo che si cela dietro la predetta disciplina: quello di scoraggiare il comportamento discriminatorio antisociale tramite l'imposizione di una sanzione.

⁴⁸⁵ Il riferimento è al Libro Verde della Commissione sulle Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, Bruxelles, 19.12.2005, COM (2005) 672. In esso la Commissione, con l'obiettivo di rafforzare il *private enforcement* nell'ambito del diritto della concorrenza, che proponeva l'introduzione, tra le altre misure, del rimedio della condanna al doppio del danno subito dalla parte danneggiata da un cartello orizzontale (v. par. 2.3). La predetta indicazione venne ritirata nel successivo Libro Bianco, in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, Bruxelles, 2.4.2008, COM(2008) 165. Al par. 2.5 la Commissione propose un sistema risarcitorio maggiormente in linea col principio compensativo, in ciò raccogliendo le opposizioni che la sua precedente proposta aveva raccolto all'interno degli Stati membri.

Sulla vicenda si veda, più diffusamente, ORTEGA GONZÁLES, *Punitive damages for Cartel Infringements: Why didn't the Commission grasp the opportunity?*, in MEURKENS, NORDIN (a cura di), *The Power of Punitive Damages*, cit., 437 ss.

circoscritto alla dimensione meramente conditoria⁴⁸⁶. Si tratta della inclusione all'interno di tre progetti di riforma del Codice Civile francese, pubblicati nell'ultimo decennio, dell'istituto dei danni punitivi (*dommages-intérêts punitifs*)⁴⁸⁷.

⁴⁸⁶ Di recente una disposizione che riecheggia il meccanismo di funzionamento del risarcimento punitivo, con riferimento al risarcimento del danno non patrimoniale è stato inserito all'interno del diritto civile estone a seguito della modifica della Legge in materia di obbligazioni, per opera della Legge 25 novembre 2010. Il meccanismo in questione è previsto dal novello § 134(6) che prevede:

«The court, while establishing compensation payable for non-pecuniary damage arising from defamation, including improper value judgements or publication of incorrect data, unauthorised use of a person's name or image or violation of privacy or similar personal rights, may, in addition to the provisions of subsection 5, take into account the need to influence the wrongdoer, considering his/her financial status, to abstain from causing the damage again in the future».

Per una prima interpretazione della disposizione e delle sue ricadute sul Sistema di responsabilità civile estone cfr. LAHE, *Punitive Damages in Estonian Tort Law?*, in 2 *JETL*, 2011, 280 ss., ove si trova la traduzione in inglese della disposizione riportata sopra.

Il primo paese di *civil law* a codificare l'istituto del danno punitivo è stato, invece, l'Argentina. Ed infatti nel 2008 la ley 26.361, ha introdotto nel testo della Ley de Defensa del Consumidor l'art. 52 bis che prevede:

«Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inc. b) de esta ley».

Per un commento in lingua italiana si veda BENATTI, *La circolazione dei danni punitivi: due modelli a confronto*, in *Corr. Giur.*, 2012, 263 ss.

⁴⁸⁷ I tre progetti cui si fa riferimento nel testo sono, in ordine temporale: (1) l'*Avant-Projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)* Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005 (disponibile al link http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf), cd. *Avant Projet Catala*; (2) la *Proposition de Loi portant réforme de la responsabilité civile*, présentée par M. Laurent Bételle, 9 Luglio 2010 (disponibile al link <http://www.senat.fr/leg/pp109-657.pdf>); (3) il Progetto *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, redatto sotto la supervisione del Prof. Terré e pubblicato da Dalloz nel marzo del 2011 (Progetto Terré).

La seconda delle tre iniziative di riforma, la Proposta di Legge Bételle, trova origine in una iniziativa legislativa. Ed infatti, essa è stata depositata presso la Prima Camera legislativa francese ed è il frutto di un'iniziativa avviata in seno alla stessa nel 2008, con la creazione di una Commissione legislativa per la riforma del diritto francese della responsabilità civile. In seno a quest'ultima vide la luce nel 2009 il cd. *Bételle & Anziani Rapport (Rapport d'Information n. 558, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) par le groupe de travail (2) relatif à la responsabilité civile, 15 giugno 2009*, disponibile al link <http://www.senat.fr/rap/r08-558/r08-5581.pdf>) cui fece seguito la Proposta di Legge Bételle. Le altre due iniziative sono, invece, maturate in ambito accademico e sono il frutto del lavoro di gruppi di ricerca composti da accademici e operatori del diritto. Sulle iniziative di riforma in questione, sui lavori preparatori delle stesse e sulle reazioni critiche che esse hanno suscitato negli ambienti giuridici francesi si veda, più diffusamente, MAHÉ, *Punitive Damages in the Competing Reform Drafts of the French Civil Code*, in MEURKENS, NORDIN, *The Power of Punitive Damages*, cit., 261 ss. Per una approfondita analisi del progetto Catala, condotta in chiave comparatistica, si veda anche PARKER,

È evidente che, a prescindere dal fatto che tali previsioni vengano in futuro trasposte in interventi legislativi di riforma, la circostanza che in tutti e tre i Progetti si preveda l'inclusione dell'istituto in questione, non può che testimoniare l'interesse degli operatori giuridici francesi nei confronti dello stesso e delle potenzialità di tutela che esso è in grado di offrire, tramite il perseguimento di finalità sanzionatorie e/o deterrenti di comportamenti particolarmente gravi.

Si cercherà di seguito di offrire una breve disamina dei tratti salienti di ciascun Progetto con riferimento al danno punitivo.

Nel primo in ordine temporale dei tre progetti, l'*Avant-Projet de réforme du droit des obligations*⁴⁸⁸, pubblicato nel 2005 e noto come Progetto Catala, il danno punitivo si configura come rimedio generale, la cui attivazione si ricollega all'esistenza dei requisiti fissati dalla norma stessa, senza ulteriori limitazioni con riferimento alle categorie di fattispecie cui esso risulti applicabile e risultando, esso, in particolare, destinato ad operare sia in ambito contrattuale che extracontrattuale.

L'art. 1371⁴⁸⁹ prevede due requisiti affinché possa darsi luogo ad un risarcimento punitivo. Il primo investe la condotta illecita: il risarcimento punitivo entra in gioco solo a fronte di una condotta particolarmente grave, che si caratterizzi in termini di "*faute manifestement délibérée*" ed, in particolare, di "*faute lucrative*". Quest'ultima si configura come una specie della prima. Ed infatti, la condotta animata da *faute lucrative* si caratterizza per la volontaria violazione delle regole giuridiche da parte del suo autore in base alla prospettiva che dalla stessa egli possa trarre un profitto maggiore rispetto al costo del risarcimento del danno. In situazioni del genere, il rischio di dovere compensare il danno alla vittima non è in grado di scoraggiare adeguatamente l'autore dal porre in essere la condotta

Changing tides: the introduction of Punitive Damages into the French Legal System, 41 *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, 2013, 389 ss.

⁴⁸⁸ *Avant-Projet Catala*, pubblicato in Italia da Giuffrè: FERRI, SPADA (a cura di), *L'avant-projet Catala. (progetto di riforma del diritto delle obbligazioni e della prescrizione - artt. 1101/1386 e 2234/2281 del Code civil - redatto da una Commissione di civilisti francesi diretta da Pierre Catala)*. Testo, *expose' des motifs* e traduzione in italiano, presentazione di Guido Alpa, Milano, 2008.

⁴⁸⁹ Il § 2, sezione I, del Capitolo III ("*Des effets de la responsabilité*"), rubricato "*Les dommages-intérêts*", si apre con l'enunciazione del principio della *réparation intégrale*, di cui all'art. 1370 ("*Sous réserve de dispositions ou de conventions contraires, l'allocation de dommages-intérêts doit avoir pour objet de replacer la victime autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu. Il ne doit en résulter pour elle ni perte ni profit*"); all'articolo immediatamente successivo viene, poi, introdotto il rimedio del danno punitivo. Così recita l'art.1371:

«L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables».

causativa di danno, in quanto anche dopo avere risarcito quest'ultimo egli trarrà profitto dalla stessa.⁴⁹⁰

Se la condotta posta in essere a scopo di profitto è ricompresa nell'area concettuale della colpa manifesta e volontaria, quest'ultima, intesa come atteggiamento soggettivo intenzionale, non necessariamente deve essere animata dallo scopo di profitto, potendo anche essere ispirata dalla deliberata volontà di nuocere ad altri;⁴⁹¹ anche con riferimento a condotte di questo tipo l'art. 1371 ammette il ricorso al risarcimento punitivo.

Il secondo requisito richiede che sussista il diritto dell'attore ad un risarcimento compensativo affinché possa essere pronunciata condanna al pagamento del danno punitivo.

L'art. 1371 non fornisce al giudice alcuna indicazione circa i criteri per la quantificazione della somma a titolo di *dommages-intérêts punitifs*. L'ampio margine di discrezionalità accordata sul punto è mitigato dalla previsione di specifiche garanzie sul piano procedurale.

E' previsto, infatti, che il giudice debba esplicitare le specifiche ragioni alla base della concessione del risarcimento punitivo e che la somma a tale titolo accordata debba essere liquidata separatamente rispetto alle altre voci di danno.

Tale previsione, se favorisce la trasparenza e se consentirebbe, qualora il sistema delineato venisse trasposto in legge, la formazione di un *case-law* in grado di offrire alle Corti una guida circa criteri e modalità di quantificazione del danno punitivo, potrebbe creare, inizialmente, disagio alle Corti francesi, come è noto non avezze ad esplicitare le ragioni alla base della quantificazione dei risarcimenti.⁴⁹²

Il Progetto Catala prevede, infine, che il giudice possa pronunciarsi per la distrazione di parte della somma accordata a titolo punitivo in favore dell'Erario e

⁴⁹⁰ BORGHETTI, *Punitive Damages in France*, in KOZIOL, WILCOX (a cura di), *Punitive Damages*, cit., 68.

⁴⁹¹ Cfr. sul punto PARKER, *Changing tides: the introduction of Punitive Damages into the French Legal System*, cit., 425 – 426; cfr. Anche MAHÉ, *Punitive Damages in the Competing Reform Drafts of the French Civil Code*, cit., 268 – 269, ove L'A. sottolinea come lo *standard* di condotta che si qualifichi per una condanna al danno punitivo non risulta definite con sufficiente precisione, contravvenendo al canone di certezza del diritto. L'A. ne afferma la accostabilità ai concetti di *faute volontaire, faute intentionnelle e deliberate wrongful act*. Critiche al linguaggio giuridico vago dell'art. 1371, che sembra lasciare ampi margini di discrezionalità ai giudici, si rinvencono anche nelle osservazioni formulate dalla Cour de Cassation: *Rapport Cour de Cassation*, 2007, 68 -69.

⁴⁹² Così PARKER, *Changing Tides*, cit., 426. A tal proposito, v. anche BORGHETTI, *Punitive damages in France*, cit., 62, il quale sottolinea come nel sistema francese la questione della quantificazione del risarcimento dei danni sia rimesso alla valutazione discrezionale del giudice di merito, senza che gli sia richiesto di esplicitare i criteri intervenuti nella quantificazione. Tale apprezzamento resta sottratto al giudizio di legittimità della Cour de Cassation, che può intervenire solo nel caso in cui appaia chiaro dalla decisione di merito che il giudice abbia violato il principio di riparazione integrale. Usualmente le sentenze di merito francesi tacciono in punto di criteri utilizzati per fissare la misura del risarcimento.

che il pagamento della somma liquidata a titolo punitivo non possa essere oggetto di copertura assicurativa.

La proposta di Legge Bétaille esibisce un atteggiamento maggiormente cauto con riferimento alla introduzione del risarcimento punitivo. L'art. 1386 – 25⁴⁹³, anzitutto, limita l'operatività del rimedio alle ipotesi in cui ciò sia espressamente previsto dalla legge. Il meccanismo in parola implica, cioè, l'introduzione nel codice di una regola generale la cui concretizzazione sarà rimessa alla futura volontà del legislatore⁴⁹⁴. È prevista, inoltre, l'introduzione di un tetto massimo pari al doppio della somma liquidata a titolo di risarcimento compensativo. Analogamente a quanto previsto dal Progetto Catala, si prevede, inoltre, la distrazione di parte della somma liquidata a titolo punitivo in favore di specifici fondi aventi lo scopo istituzionale di compensare il tipo di perdita subita dall'attore o, in mancanza, dell'Erario, lasciando all'apprezzamento del giudice la definizione delle rispettive quote. Quanto alla condotta in grado di attrarre un risarcimento punitivo, essa è definita come la deliberata commissione di un illecito contrattuale o extracontrattuale che procuri al suo autore un arricchimento non eliminabile con la sola condanna al risarcimento compensativo.

Analogamente a quanto avviene nel Progetto Catala e in misura, forse, maggiore, l'enfasi è riposta sull'illegittimo arricchimento derivante dall'illecito (contrattuale od extracontrattuale), alla cui retroversione il rimedio mira. In questo senso, il carattere intenzionale della condotta causativa di danno si salda con l'arricchimento illecito del suo autore, ma, come si evince dalla lettura dell'art. 1386 – 25, non pare sia richiesta la prova in giudizio che l'obiettivo preso di mira dal danneggiante fosse l'arricchimento⁴⁹⁵.

Il progetto Terré presenta una prospettiva originale rispetto alle due iniziative esaminate in precedenza. Esso, da una parte, tiene in considerazione la problematica dell'arricchimento da fatto illecito, su cui i due progetti precedentemente esaminati si focalizzano maggiormente, ma ne riconduce la soluzione alla categoria dei *dommages et intérêts restitutoires*,⁴⁹⁶ cioè della

⁴⁹³ Art. 1386-25:

«Dans les cas où la loi en dispose expressément, lorsque le dommage résulte d'une faute délictuelle ou d'une inexécution contractuelle commise volontairement et a permis à son auteur un enrichissement que la seule réparation du dommage n'est pas à même de supprimer, le juge peut condamner, par décision motivée, l'auteur du dommage, outre à des dommages et intérêts en application de l'article 1386-22, à des dommages et intérêts punitifs dont le montant ne peut dépasser le double du montant des dommages et intérêts compensatoires.

Les dommages et intérêts punitifs sont, dans la proportion que le juge détermine, versés respectivement à la victime et à un fonds d'indemnisation dont l'objet est de réparer des dommages similaires à celui subi par la victime. À défaut d'un tel fonds, la proportion des dommages et intérêts non attribués à la victime est versée au Trésor public».

⁴⁹⁴ Il cd. Anziani e Bétaille Rapport, 93 ss., individua come aree candidate alla introduzione del rimedio l'area dei diritti della persona, il diritto della concorrenza, il diritto ambientale.

⁴⁹⁵ Cfr. MAHÉ, *Punitive Damages in the Competing Reform Drafts of the French Civil Code*, cit. 270 – 271.

⁴⁹⁶ Art. 54 del Progetto Terré:

retroversione dell'utile. Dall'altra, esso prevede una speciale forma di riparazione esemplare destinata ad applicarsi nell'ipotesi di lesione intenzionale dell'altrui integrità morale, intesa come lesione della dignità personale, dell'onore, della reputazione o della riservatezza.⁴⁹⁷

La portata innovativa del Progetto Terré rispetto agli altri due si coglie in due aspetti: l'introduzione del rimedio della retroversione degli utili per far fronte alle problematiche poste dalle fattispecie di *faute lucrative* e la individuazione di una seconda area problematica, rispetto all'arricchimento da fatto illecito, nella quale il principio della *réparation intégrale* è destinato a produrre risvolti insoddisfacenti sotto il profilo rimediale, quella caratterizzata dall'aggressione ai diritti della persona che si traduca nella lesione dell'integrità morale. Quanto al primo profilo, è noto che il problema dell'arricchimento da fatto illecito⁴⁹⁸ investe i diritti della responsabilità civile dei paesi continentali, ponendo a dura prova il principio della compensazione pura, per l'evidente risvolto in termini di ingiustizia che quest'ultimo produce qualora il profitto realizzato dal danneggiante ecceda il valore della perdita arrecata al danneggiato. È altrettanto noto che gli ordinamenti di *common law* hanno sviluppato una risposta rimediale a situazioni siffatte nell'istituto del *disgorgement* che si configura come frutto della combinazione tra *law of torts* e *law of restitution*. Non sorprende, dunque, che tutti e tre i Progetti di riforma analizzati prendano in considerazione, nell'ambito dell'opera di ridisegno, a distanza di più di due secoli dall'emanazione del Code Civil, del diritto della responsabilità civile e dei suoi profili rimediali, il problema della *faute lucrative*. Su tale versante, la soluzione del Progetto Terré appare la più equilibrata quantomeno perché offre al problema una risposta, quella del rimedio della retroversione degli utili, destinata a produrre un minore impatto su un sistema del risarcimento dei danni come quello francese ispirato, quantomeno a

«Lorsque l'auteur du dommage aura commis intentionnellement une faute lucrative, le juge aura la faculté d'accorder, par une décision spécialement motivée, le montant du profit retiré par le défendeur plutôt que la réparation du préjudice subi par le demandeur. La part excédant la somme qu'aurait reçue le demandeur au titre des dommages-intérêts compensatoires ne peut être couverte par une assurance de responsabilité».

⁴⁹⁷ Si vedano gli art. 68 e 69 del Progetto Terré contenuti all'interno del §4 dedicato alla riparazione del pregiudizio derivante dalla violazione dell'altrui dignità morale (*Règles particulières applicables à la réparation du préjudice résultant d'une atteinte à l'intégrité morale*), della sezione iv "de la réparation":

Articolo 68

«Toute personne peut obtenir réparation du préjudice résultant d'une atteinte à son intégrité morale, notamment à sa dignité, à son honneur, à sa réputation ou à sa vie privée. Ce droit est reconnu, en tant que de besoin, aux personnes morales lorsqu'elles sont victimes d'une faute grave».

Articolo 69

«Sauf disposition particulière, la forme et le montant de la réparation peuvent n'avoir qu'une portée symbolique. Lorsque le dommage est causé par une faute intentionnelle, le juge peut condamner l'auteur de celle-ci, par une décision spécialement motivée, à une réparation exemplaire».

⁴⁹⁸ Un settore particolarmente sensibile sotto tale aspetto è, ad esempio, quello dei diritti di proprietà intellettuale, per il carattere immateriale di questi ultimi.

livello di affermazioni teoriche⁴⁹⁹, al principio della compensazione pura e semplice.

Dall'altra parte la previsione della riparazione esemplare nel caso in cui la lesione sia intenzionale e si traduca nella violazione dell'integrità morale del soggetto, innovativamente riconosce l'importanza dei diritti ricollegati alla persona e la necessità di uno *standard* di protezione degli stessi più robusto che testimoni l'importanza che l'ordinamento annette loro. Non sfugge l'analogia con il diritto inglese, di cui è spia anche l'uso dell'aggettivo esemplare in luogo del più comune "punitivo" per riferirsi al rimedio previsto dalla norma.

5. Il risarcimento del danno non patrimoniale tra soddisfazione, punizione e prevenzione

All'interno dei Paesi Europei, uno degli istituti posti al centro della riflessione in merito alla individuazione di rimedi avverso gli illeciti che resistono al modello esclusivamente compensativo è il risarcimento del danno non patrimoniale.

La ragione sembra risiedere nella stessa natura di tale categoria di danno.

Ed infatti, allorché a venire in gioco è la lesione degli interessi non patrimoniali della persona, il modello del risarcimento dei danni proposto dai codici europei, focalizzato sulla compensazione della perdita patrimoniale subita dal danneggiato per il tramite della attribuzione al medesimo dell'esatto equivalente pecuniario dell'utilità perduta per effetto dell'altrui illecito, si dimostra incapace di offrire una risposta adeguata. La ragione di ciò è evidente: come osservato⁵⁰⁰, compensare significa rimuovere, in termini pecuniari, il danno alla stregua di un'ottica di scambio. Si tratta, cioè, di un'operazione che postula una comparazione tra valori di scambio, con l'obiettivo di rimuovere il vuoto lasciato dall'utilità sottratta al danneggiato con il suo equivalente monetario. Ora, la lesione dei valori attinenti alla persona in quanto tale si dimostra, in prima battuta, del tutto irriducibile all'ottica dello scambio, proprio per l'impossibilità di attribuire un valore monetario a beni che, per il loro carattere fondamentale, non possono essere oggetto di scambio.

La constatazione in ordine alla irriducibilità di fondo del risarcimento del danno non patrimoniale alla logica strettamente compensativa costringe l'interprete ad

⁴⁹⁹ Sul punto cfr. MAHÉ, op. cit., 265 – 266, 271 – 272, ove si sottolinea come una delle linee ispiratrici dichiaratamente poste alla base del Progetto Terré sia quella di riconciliare il diritto codificato della responsabilità civile francese con la prassi giurisprudenziale di merito ove i giudici, specialmente utilizzando la categoria del danno non patrimoniale, tengono in considerazione, seppur non apertamente, l'atteggiamento soggettivo del danneggiante e la gravità della sua condotta, nonché l'eventuale finalità di arricchimento perseguita nella quantificazione del risarcimento. Ciò si verifica, in special modo, nell'area dei diritti della personalità i quali, per la loro connessione con l'integrità morale del soggetto, richiedono uno standard di protezione particolarmente robusto, spesso attivato dalle Corti a costo di abbandonare il principio di integrale riparazione del danno.

⁵⁰⁰ DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2008, 289 ss.

interrogarsi su quale sia la funzione che la responsabilità civile svolge allorché essa ponga rimedio alla lesione di carattere non patrimoniale. Naturalmente, sarebbe un errore inferire *sic et simpliciter* da tale constatazione la natura punitiva del risarcimento non patrimoniale. Ciò sarebbe, peraltro, in controtendenza con l'evoluzione che il danno non patrimoniale ha conosciuto nei sistemi di responsabilità civile moderni, ove ha avuto luogo un processo di progressivo allargamento dell'area della risarcibilità di tale categoria di danno, in linea con la sempre maggiore sensibilità di tali ordinamenti nei confronti della persona umana, considerata in tutti i suoi aspetti sia *uti singuli* sia relazionali⁵⁰¹. L'obiettivo del presente paragrafo è, caso mai, quello di verificare se sussistano spazi all'interno dell'area del risarcimento del danno non patrimoniale ove permanga una componente punitiva e/o deterrente del risarcimento. Quel che ci si chiede, in altre parole, è se all'interno di quella che possiamo definire come "riparazione" del danno non patrimoniale, vi siano zone grigie nelle quali l'intento riparatorio si misceli ed eventualmente soccomba ad una caratterizzazione in senso sanzionatorio del rimedio. È evidente, infatti, che se così dovesse risultare il principio della *restitutio in integrum*, indicato come unico punto di riferimento del sistema della responsabilità civile, ne uscirebbe in certa misura ridimensionato e ciò dovrebbe costringere le Corti, quantomeno in sede internazionalprivatistica, a rivedere le proprie prese di posizione sul punto.

L'operazione in questione richiede un'analisi concreta dei meccanismi che presiedono al riconoscimento e alla liquidazione del risarcimento non patrimoniale da parte delle Corti dei paesi europei. Soltanto così sarà possibile verificare se e in quali tipologie di fattispecie nella decisione sull'*an* e/o sul *quantum* del risarcimento del danno non patrimoniale intervengano criteri decisionali spuri rispetto a quelli ordinariamente in uso nell'ambito dei giudizi di risarcimento dei danni, in quanto immettono nell'iter logico-argomentativo delle Corti considerazioni che si focalizzano sulla condotta danneggiante, sul suo atteggiamento soggettivo nella commissione dell'illecito, sul suo patrimonio, nonché sulla gravità dell'offesa arrecata.

Ed infatti, in presenza di siffatti criteri decisionali, a prescindere dall'etichetta utilizzata dalla Corte al fine di designare l'operazione compiuta, risulterà chiara la intrusione nel meccanismo risarcitorio di una componente sanzionatoria.

⁵⁰¹ È innegabile che proprio per la centralità che la tutela della persona umana ha assunto negli ordinamenti giuridici moderni il *trend* in essi prevalente è quello volto ad allargare al massimo i confini della tutela aquiliana con riferimento a danni che investano interessi di carattere personale. Basti considerare, a tal proposito, l'intervento del legislatore tedesco in materia di danni non patrimoniali, operato con L. 19 luglio 2002 che, modificando la legge in materia di responsabilità del produttore, consente, ora, il risarcimento del danno morale anche in ipotesi di responsabilità oggettiva; sul punto Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2007, 40. Si consideri, inoltre, con riferimento all'esperienza italiana la vicenda del danno biologico, inteso, come è noto, come danno che colpisce l'integrità psico-fisica del soggetto, e che per la sua natura di danno in qualche misura "tangibile" è presidiato da un sistema di conversione in valori monetari affidato ad opportune tabelle che, in qualche modo, lo riconduce alla logica puramente compensativa.

Come esattamente rilevato⁵⁰², nell'ambito dei sistemi europei continentali, nei quali a livello di declamazioni teoriche si assiste all'assoluto primato del dogma della esclusiva funzione compensativa dei meccanismi della responsabilità civile, è ragionevole attendersi che gli operatori giuridici si asterranno dal fare ricorso apertamente ad argomenti di natura punitiva. È necessario allora passare al setaccio il sistema rimediale avverso i fatti illeciti, nella sua concreta fenomenologia, per verificare la presenza di determinati indici in grado di tradire la caratterizzazione in termini punitivi di un dato rimedio.

In particolare, mentre il risarcimento in funzione puramente compensativa è incentrato sulla vittima e sulla perdita da essa subita, con lo scopo di rimpiazzarla con l'equivalente monetario, criteri di determinazione del risarcimento che tengano in conto la gravità della condotta illecita, l'atteggiamento soggettivo del danneggiante, il suo patrimonio, il profitto illecito realizzato da quest'ultimo, l'esigenza che il risarcimento sia di ammontare tale da scoraggiare in futuro comportamenti simili tradiscono l'immissione di considerazioni ispirate ad una logica sanzionatoria nell'*iter* argomentativo delle Corti. Non sorprende che le Corti, per mantenersi coerenti con il principio compensativo talora facciano ricorso a concetti come quello di "soddisfazione" che fungono da "formule magiche" al fine di trasformare argomenti di stampo sanzionatorio in altre di tipo compensativo⁵⁰³.

Un punto preliminare merita di essere chiarito. Rimane sostanzialmente fuori dal discorso che qui si sta conducendo il cd. danno biologico, inteso come danno non patrimoniale alla salute. Ed infatti, quando le Corti risarciscono tale voce di danno, fanno quasi sempre riferimento a valori tabellari che attribuiscono un valore alla lesione dell'integrità fisica in base a punti percentuali di invalidità e tenendo conto di svariati fattori tra cui l'età del danneggiato.⁵⁰⁴

Si procederà di seguito alla disamina delle soluzioni offerte sul punto in tre ordinamenti giuridici continentali: quello francese, quello tedesco e quello italiano.

La posizione del diritto tedesco. La vicenda tedesca in materia di risarcimento del danno non patrimoniale derivante dalla lesione del diritto generale della personalità è emblematica della tendenza dei sistemi di responsabilità civile continentali a veicolare finalità punitive nell'ambito del risarcimento del danno non patrimoniale, salvo poi munire le relative decisioni di un adeguato percorso giustificativo in termini compensativi della soluzione adottata, sì da mantenersi fedeli a principi e categorie giuridiche.

⁵⁰² BEHR, *Punitive damages in American and German law*, cit., 110 ss.

⁵⁰³ BEHR, op. loc. ult. cit. L'A. afferma che mentre il risarcimento compensativo si configura come *loss-oriented*, *victim-oriented*, e *retrospective* il risarcimento con finalità punitiva si caratterizza, all'opposto, come *action-oriented*, *tortfeasor-oriented* e *mostly prospective*.

⁵⁰⁴ Cfr. per il diritto tedesco MAGNUS, *Punitive damages and German law*, cit., 252; quanto al diritto italiano v. *infra*.

Il Codice Civile tedesco accoglie, per quel che concerne il risarcimento del danno, il principio compensativo. Analogamente, la dottrina maggioritaria esclude che considerazioni di tipo sanzionatorio e/o deterrente possano avere un ruolo nella materia in questione, appartenendo tali funzioni al dominio proprio del diritto penale.⁵⁰⁵ Se il BGB accoglieva ed accoglie al suo interno una regola restrittiva del risarcimento del danno non patrimoniale ai soli casi previsti dalla legge, è noto come la Giurisprudenza tedesca abbia eroso tali limitazioni per il tramite della elaborazione della categoria di un generale diritto della personalità⁵⁰⁶ trovante fondamento direttamente nella Costituzione, comprensivo di tutti gli attributi inerenti alla persona umana, la cui violazione rende risarcibile il pregiudizio, anche non patrimoniale, derivantene.

Accanto al *trend* volto ad assicurare una sempre maggiore tutela alla persona tramite l'allargamento del novero degli interessi non patrimoniali risarcibili e che opera, dunque, su un piano propriamente quantitativo, se ne situa un secondo, operante sul piano qualitativo.

In particolare, la percezione della speciale vulnerabilità di determinati interessi inerenti alla persona umana, in ragione della loro esposizione a forme di aggressione particolarmente incisive, unita alla considerazione della loro importanza fondamentale, corroborata dalla garanzia costituzionale, ha spinto le Corti ad elaborare tecniche di tutela più robuste in favore di quegli interessi, recuperando a tal fine le potenzialità punitive e preventive del risarcimento del danno.

Il veicolo utilizzato dalle Corti a tal fine va individuato nel concetto di “soddisfazione” (*Genugtuung*). Nel 1955⁵⁰⁷ per la prima volta la Suprema Corte Federale (Bundesgerichtshof) ridefinì le funzioni del risarcimento del danno non

⁵⁰⁵ Osserva a tal proposito BEHR, op. ult. cit., 130 – 133, che prima dell’emanazione del BGB alcuni Stati germanici conoscevano la categoria del risarcimento punitivo. Egli cita ad esempio il Codice Civile Prussiano, che consentiva la graduazione del risarcimento sulla base del grado di colpa del danneggiante, anche oltre il limite della perdita subita dal danneggiato. Durante i lavori che portarono alla redazione del Codice Civile tedesco, la questione fu fatta oggetto di discussione e a prevalere fu il principio della funzione esclusivamente compensativa del risarcimento dei danni, che avrebbe dovuto rimanere scevro da qualsiasi influenza di carattere morale o penale. Considerazioni simili furono alla base della regola di cui al §253 che, in combinato disposto con il §847, consentiva il risarcimento del danno morale solo in casi specificamente consentiti dalla legge, in particolare nelle ipotesi di lesione all’integrità fisica, alla salute, alla libertà, alla libertà di autodeterminazione sessuale.

⁵⁰⁶ Il Bundesgerichtshof riconobbe per la prima volta il predetto diritto nella sentenza *Schacht* BGHZ 13, 334; 7 NJW 1404, 1405 (1954); la Corte ne individuò il fondamento negli art. 1 e 2 della Legge Fondamentale (*Grundgesetz*) e lo descrisse come il diritto dell’individuo ad essere rispettato nella sua dignità di essere umano e di sviluppare la propria personalità individuale. Sul punto v. SCHWARTZ, PEIFER, *Prosser's Privacy and the German Right of Personality: Are Four Privacy Torts Better than One Unitary Concept?*, in 98 *Cal. L. Rev.*, 2010, 1925 ss, 1947 ss.; KRAUS, *The right to privacy in germany-pointers for american legislation?*, in Duke L.J., 1965, 481 ss., 488ss. Sul diritto generale della personalità v. MARKESINIS, *The German Law of Obligations, II, The Law of Torts: A Comparative Introduction*, 1997, 376; STOLL, *The General Right to Personality in German Law*, in MARKESINIS (a cura di), *Protecting Privacy*, 1999, 29.

⁵⁰⁷ BGHZ, 6 giugno 1955, 18, 149.

patrimoniale, aggiungendo alla tradizionale funzione compensativa del cd. *pretium doloris*, una seconda funzione descritta, appunto, in termini di “soddisfazione”.⁵⁰⁸

Come già rilevato, il concetto di “soddisfazione” sembra costituire la categoria giuridica utilizzata dalla giurisprudenza tedesca per trasformare argomenti focalizzati sull’autore dell’illecito e sulla gravità della sua condotta, tipicamente riconducibili al modello sanzionatorio-preventivo della responsabilità, in altre riconciliabili con il modello compensativo del risarcimento dei danni, incentrato sulla posizione della vittima dell’illecito. Tale operazione viene realizzata per il tramite dell’idea che l’imposizione di un’adeguata sanzione in capo al danneggiante sia il mezzo per garantire adeguata compensazione alla vittima per la sofferenza ricollegata all’illecito.

La centralità che il concetto di soddisfazione assume nella successiva giurisprudenza in materia di lesione del diritto generale della personalità da parte di illecite pubblicazioni a mezzo stampa, rende palese la sua irriducibilità ad un’ottica puramente e semplicemente compensativa.

E’, infatti, nell’ambito del predetto settore, che la giurisprudenza tedesca, a partire dalla fine degli anni ’50, raffina il concetto di soddisfazione, avviando un processo evolutivo che ha condotto il risarcimento del danno non patrimoniale a transitare, almeno in alcune sue epifanie, verso un modello ispirato a finalità preventive dell’illecito e sanzionatorie⁵⁰⁹.

Accanto alle funzioni preventiva e sanzionatoria del risarcimento del danno, ad uscire rafforzata è la funzione simbolico-ideale, nell’ottica rafforzativa della protezione che l’ordinamento appronta nei confronti di determinati diritti, per manifestarne il carattere fondamentale. Sotto tale profilo, l’affermazione, riferita all’area della lesione del diritto della personalità, in base alla quale la sanzione civile del risarcimento del danno si rende necessaria in quanto mezzo maggiormente effettivo e talora unico per salvaguardare il rispetto dei consociati nei confronti dell’altrui persona, sembra richiamare quella che nel primo capitolo si è definita funzione educativa del risarcimento del danno punitivo⁵¹⁰. Come si ricorderà, essa fa riferimento al ruolo che l’istituto svolge quale strumento per marcare il carattere fondamentale rivestito da certi diritti, consentendo così all’ordinamento giuridico che lo appronta di riaffermare i suoi principi etici e giuridici fondamentali.

⁵⁰⁸ La Corte affermò: «*the claim for damages for pain and suffering under section 847 German Civil Code is not an ordinary claim for damages but instead a claim of its own character bearing a twofold function: This claim shall give to the victim adequate compensation for damages which are not pecuniary, and at the same time it shall take into account that the tortfeasor owes satisfaction for what he did to the victim*». (trad. Di BEHR, *Punitive damages in American and German law*, cit., 133)

⁵⁰⁹ Sul punto cfr. BEHR, op. ult. cit., 132 ss.

⁵¹⁰ BGHZ 35, 363, 368: «*without a civil law sanction of this type the legal system would sacrifice the most effective and sometimes the only means to safeguard respect towards the personality of other people*». (trad. di BEHR, op. ult. cit., 135).

Il concetto di soddisfazione diviene l'elemento centrale per la valutazione del risarcimento del danno non patrimoniale derivante dalla lesione della personalità. Esso diviene il canale attraverso il quale criteri come la valutazione della gravità dell'atteggiamento soggettivo del danneggiante⁵¹¹, la considerazione dello scopo di profitto alla base dell'illecito, obiettivi di deterrenza, nell'intento di scoraggiare simili azioni in futuro⁵¹² fanno ingresso nei percorsi argomentativi delle Corti a supporto della decisione *sull'an* e sul *quantum* del risarcimento del danno non patrimoniale. La restrizione del diritto al risarcimento del danno, in tali ipotesi, a casi in cui l'atteggiamento soggettivo del danneggiante si caratterizzi in termini di particolare gravità⁵¹³, e si accompagni, inoltre, ad una violazione del diritto particolarmente grave non fa che confermare il mutamento di prospettiva cui si è fatto riferimento in precedenza⁵¹⁴.

Il punto di non ritorno nel processo qui descritto è rappresentato dal celebre caso che vide quale parte in causa la principessa Carolina di Monaco (cd. *Caroline D*)⁵¹⁵.

In quella sede, la Corte adottò un criterio di commisurazione del risarcimento del danno non patrimoniale spiccatamente orientato in senso preventivo, palesando il proprio intento di far prevalere l'interesse alla deterrenza di comportamenti indesiderati, in quanto fortemente lesivi di diritti fondamentali, anche a costo di far lievitare notevolmente l'importo del risarcimento. A tal fine, la Corte affermò che l'invasione della altrui sfera privata perpetrata attraverso il mezzo della

⁵¹¹ BGHZ 35, 363, 369

⁵¹² *Ibidem*.

⁵¹³ BGHZ 35, 363, 369.

⁵¹⁴ Nel già citato caso deciso dalla Corte Suprema tedesca nel 1961, BGH 19.9.1961, BGHZ 35, 363, l'attore in giudizio lamentava l'eposizione al ridicolo e la lesione della propria reputazione da parte di una campagna pubblicitaria che utilizzava indebitamente il suo nome per promuovere uno stimolante sessuale. La corte, nel liquidare un risarcimento pari ad 8000 marchi, enfatizzò l'importanza del concetto di soddisfazione nell'ambito del risarcimento del danno derivante dalla lesione dei diritti della persona. Essa particolarmente valorizzò il motivo che aveva spinto il convenuto a violare il diritto alla reputazione dell'attore e cioè la volontà di realizzare un profitto. La Corte ne concluse che, in situazioni del genere, lo scopo di profitto perseguito illecitamente poteva essere neutralizzato solo tramite l'imposizione del rischio di una sostanziale perdita patrimoniale in capo al danneggiante, sotto forma di risarcimento del danno arrecato. Sul punto v. Stoll, *Penal purposes in tort law*, cit., il quale a tal proposito osserva la sostanziale identità tra il ragionamento della Corte tedesca e quello di Lord Devlin in *Rookes v Barnard*, sintetizzato nella spesso utilizzata formula "*it is necessary to teach a wrongdoer that tort does not pay*." Se tale massima nel diritto inglese viene utilizzata per far riferimento al principio punitivo nell'ambito del diritto privato, la stessa conclusione sul piano pratico viene raggiunta dalla Corte tedesca in base al concetto apparentemente più neutro di soddisfazione, depurato da ogni connotazione penalistica. V. anche BVerfGE 34, 269 (Soraya);

⁵¹⁵ BGHZ 128, 1. Il caso riguardava la lesione della sfera privata della principessa Carolina di Monaco ad opera di un noto tabloid Tedesco. Quest'ultimo aveva, infatti, pubblicato una "intervista esclusiva" con la Principessa, accompagnata da foto che ritraevano la stessa in momenti di vita privata insieme alla famiglia. L'intervista si rivelò interamente inventata. L'originaria somma liquidata dalla Corte d'Appello di Amburgo, pari a 30.000 marchi, fu sostituita in sede di rinvio con la ben più sostanziosa somma di 180.000 marchi. Sul caso v. AMELUNG, *Damage Awards for Infringement of Privacy-The German Approach*, in 14 *Tul. Eur. & Civ. L. F.*, 1999, 15 ss., 22 ss.

stampa si traduceva in una intollerabile commercializzazione forzosa dell'altrui persona. Una tale invasione poteva essere scoraggiata soltanto accordando un risarcimento di ammontare tale da indurre la stampa a modificare il proprio comportamento futuro.

È evidente come, in tale caso, la giurisprudenza tedesca abbia oltrepassato definitivamente la linea di confine che separa il principio compensativo da quello punitivo e come il risarcimento del danno non sia credibilmente giustificabile unicamente sulla base del primo dei due⁵¹⁶. E d'altronde, non può nemmeno essere ignorata la circostanza che la misura del risarcimento accordato in questo caso oltrepassi di gran lunga la media dei risarcimenti concessi fino ad allora nel settore dell'invasione indebita dell'altrui sfera privata.

L'approccio punitivo delle Corti tedesche al risarcimento del danno non patrimoniale derivante dalla lesione della personalità perpetrata a mezzo stampa è confermato anche dalla casistica successiva. In essa, le Corti si dimostrano sensibili a criteri come lo scopo di profitto, il grado di colpevolezza del danneggiante, le modalità della condotta illecita, graduando, ad esempio, la misura del risarcimento in modo diverso a seconda che la condotta del danneggiante si accerti essera stata deliberata o soltanto gravemente negligente.⁵¹⁷

Come osservato in dottrina⁵¹⁸, nonostante le Corti tedesche giustifichino tali risarcimenti in base al concetto di soddisfazione e neghino qualsiasi contaminazione punitiva, le soluzioni raggiunte in punto di *quantum* risarcitorio e di criteri di commisurazione di esso non sembrano differire particolarmente da quelle che, nell'ambito del diritto inglese, vengono giustificate in termini apertamente punitivi.

La posizione del diritto francese. Si è visto nel precedente paragrafo come nell'ambito dell'ordinamento francese la percezione della inadeguatezza degli ordinari rimedi risarcitori a fronte di forme di aggressione deliberata ai beni giuridici abbia ispirato tre diverse iniziative di riforma del diritto codicistico delle obbligazioni nel senso della introduzione all'interno del sistema del risarcimento dei danni della figura dei *dommages-intérêts punitifs*. Si è anche avuto modo di apprezzare come tutti e tre i progetti pongano particolare enfasi su quelle forme di illecito caratterizzate dalla cd. *faute lucrative*, animate cioè dal bieco calcolo di profitto. Si è visto anche che il Progetto Terré prevede una speciale forma di riparazione esemplare destinata a trovare applicazione nell'ipotesi di lesione

⁵¹⁶ AMELUNG, *Damage Awards for Infringement of Privacy-The German Approach*, cit., 23.

⁵¹⁷ Per una disamina della stessa si veda AMELUNG, op. cit., 25 -32.

⁵¹⁸ AMELUNG, op. cit., 34, il quale compara il caso inglese *John v. Mirror Group Newspaper Ltd.*, Q.B. 586, al caso tedesco *Caroline I. L'A.* sottolinea come i criteri in quella sede utilizzati dalla Corte inglese (la presenza di una condotta deliberata o quantomeno gravemente negligente; il cinico calcolo di profitto; la necessità di innalzare l'ammontare risarcitorio in modo da prevenire comportamenti simili in futuro) appaiono straordinariamente simili a quelli di cui al caso tedesco. La stessa somma liquidata nel caso inglese (50.000 sterline a titolo esemplare in aggiunta a 25.000 sterline a titolo di *aggravated damages*) non si distanziava particolarmente dalla somma accordata nel caso *Caroline I.*

intenzionale dell'altrui integrità morale, intesa come lesione della dignità personale, dell'onore, della reputazione o della riservatezza.

Uno degli argomenti posti alla base della introduzione della figura nell'ambito del Progetto Terré riposa sulla constatazione della esistenza presso le Corti francesi di una prassi occulta che consente di attribuire una funzione punitiva e deterrente al risarcimento del danno in settori particolarmente sensibili⁵¹⁹. La percezione manifestata dalla dottrina francese è, in altre parole, che le Corti di merito, allorché sono chiamate a risarcire il danno morale, tentino di aggirare il principio dell'integrale riparazione del danno, tenendo in conto fattori esulanti dalla logica compensativa, primo fra tutti la gravità della condotta illecita⁵²⁰.

La difficoltà di accertamento delle predetta prassi, in particolare della sua consistenza, è dovuta alla tecnica di motivazione propria delle sentenze francesi in punto di risarcimento del danno. Ed infatti, al giudice di merito francese non è richiesto di motivare specificamente in ordine ai criteri utilizzati nella liquidazione della somma concretamente accordata e parimenti egli dispone di un ampio margine di discrezionalità, restando precluso alla *Cour de Cassation* ogni intervento sull'apprezzamento effettuato in sede di merito se non in casi di flagrante violazione del principio di *réparation intégrale*.⁵²¹

Ma se così è, è evidente, sia la possibilità per i giudici di calibrare la misura del risarcimento in base a criteri che esulino dal principio compensativo sia la necessità di mantenere "occulta" la prassi in questione, sì da evitare possibili censure in sede di legittimità.

Le aree nelle quali maggiormente si verificano fenomeni di lievitazione del danno non patrimoniale in funzione sanzionatoria e preventiva sembrano essere quelle caratterizzate dalla presenza combinata della lesione dei diritti della persona e dalla *faute lucrative* del danneggiante.⁵²²

All'ottica sanzionatoria è, ancora, riconducibile la prassi delle Corti consistente nel riconoscimento *in re ipsa* del danno morale per il fatto stesso della lesione dell'interesse giuridico, senza esigere la prova delle effettive conseguenze dannose in termini di sofferenza⁵²³. Ugualmente il risarcimento del danno morale

⁵¹⁹ MAHÉ, op. cit., 265 – 266.

⁵²⁰ Cfr. a tal proposito anche BETEILLE & ANZIANI, *Rapport*, cit., 81, ove si osserva: «*Il serait pourtant erroné de croire que le droit français de la responsabilité ne prend absolument pas en compte la gravité de la faute dans l'évaluation de l'indemnité versée à la victime d'un dommage. En pratique, le caractère difficilement chiffrable de certains préjudices donne aux juridictions des marges de manoeuvre pour alourdir, le cas échéant, les dommages et intérêts dus à la victime, en considération d'un comportement particulièrement fautif de l'auteur du dommage, et ce d'autant plus que l'évaluation du préjudice relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond sur lequel la Cour de cassation s'interdit d'exercer un contrôle*».

⁵²¹ BORGHETTI, op. ult. cit., 62; DREYER, *La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée*, in *La Semaine Juridique - Edition générale*, 22 ottobre 2008, il quale definisce "clandestine" tali pratiche.

⁵²² Cfr. BORGHETTI, op. ult. cit., 64 e la dottrina e la giurisprudenza ivi citate.

⁵²³ Tale prassi è testimoniata da BORGHETTI, *Punitive damages in France*, cit., 64 il quale cita a tal proposito la decisione della Cour de Cassation, 1re civ., 5 Novembre 1996, Bull. civ. I, no. 378,

sembra svolgere una funzione sanzionatoria e preventiva allorché esso venga concesso in favore di associazioni rappresentative dell'interesse leso. In tali ipotesi, infatti, appare evidente come l'Associazione, cui venga risarcito il pregiudizio morale derivante dalla lesione dell'interesse dalla stessa istituzionalmente perseguito, non abbia effettivamente subito alcun danno, mentre si rivela preminente l'intento sanzionatorio nei confronti della condotta lesiva.⁵²⁴

La posizione italiana. Assumiamo come punto di partenza dell'analisi riguardante l'ordinamento italiano la già citata sentenza della Cassazione n. 1183/2007. la Corte in quella sede, nel negare riconoscimento ed esecuzione ad una sentenza straniera recante condanna ad un risarcimento punitivo, ebbe modo di affermare la totale estraneità dell'idea della punizione e della sanzione al sistema risarcitorio italiano; la completa irrilevanza della condotta del danneggiante nell'ambito del giudizio in materia di risarcimento del danno; la signoria del principio compensativo sul piano funzionale della responsabilità civile. La Corte specificava, inoltre, che l'affermazione in questione risultava valida anche con riferimento al danno non patrimoniale o morale, anch'esso del tutto scevro da finalità punitive. Per tali ragioni, nella liquidazione di tale voce risarcitoria, secondo quanto affermato dalla Suprema Corte, rimangono irrilevanti criteri come lo stato di bisogno del danneggiato e la capacità patrimoniale dell'obbligato. Resta ferma, parimenti, la necessità che sia data prova in giudizio della sofferenza determinata dall'illecito, «mediante l'allegazione di concrete circostanze di fatto da cui presumerlo». Resta, dunque, esclusa ogni ipotesi di danno in *re ipsa*.

Analogamente a quanto previsto dal BGB, anche il Codice Civile italiano detta una regola restrittiva per quel che concerne la risarcibilità del danno non

JCP éd. G. 1997.II.22805 e da DREYER, *La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée*, cit., il quale cita a tal proposito la decisione TGI Nanterre, 1re ch., 25 avr. 2000 : *Légipresse* 2000, n° 174-I, p. 110. L'A. osserva, più uin generale, la esistenza di una componente punitiva nell'ambito del risarcimento del danno morale: «*Sans doute, notre droit n'ignore-t-il pas totalement ces dommages-intérêts punitifs. On a écrit ainsi que: "rien ne voisine tant que les théories de peine privée et de réparation du dommage moral. L'indemnité n'ayant ici qu'une fonction satisfaisante, c'est-à-dire ayant une base assez incertaine, la satisfaction psychologique accordée n'étant pas mesurable, on est vite entraîné à admettre que la réparation devra être suffisante pour détourner de recommencer". C'est encore plus vrai lorsque les tribunaux admettent que la personne qui allègue un préjudice moral n'est pas tenue de le motiver ou lorsqu'ils prennent, à l'inverse, en compte la réitération des atteintes commises par un même organe de presse à l'égard du demandeur. L'idée de sanction s'impose pour dissuader la commission de fautes générant des préjudices difficiles à réparer. Un avocat spécialisé conclut: "donnez-moi la faute, je vous donnerai le préjudice"*».

⁵²⁴ Si veda a tal proposito la sentenza della Cour de Cassation, 18 décembre 1995, 1Bull. civ. II, n° 314 ; JCP 1996, éd. G, IV, 381 ; *Juris-Data* n° 003748. Nel caso in questione la Corte ritenne risarcibile il pregiudizio morale derivante da affermazioni antisemite fatte alla radio in favore di numerose associazioni rappresentative dei deportati. Osserva a tal proposito VINEY, *Le "principe général" posé par l'article 1382 du code civil et la fonction de "peine privée" de la responsabilité civile*, in *La Semaine Juridique - Edition générale* 11 décembre 1996, che traspare dal percorso argomentativo della Corte l'obiettivo, perseguito in via principale, di stigmatizzare il comportamento del danneggiante.

patrimoniale, limitata, come è noto, ai “casi determinati dalla legge” (art. 2059 c.c.)⁵²⁵. E’ parimenti noto come nella prima stagione applicativa dell’art. 2059 il rinvio in questione trovasse il suo punto di riferimento quasi esclusivo nella disposizione di cui all’art 185 c.p., che prevede la risarcibilità di ogni danno, anche non patrimoniale, derivante dal reato. L’effetto combinato delle predette disposizioni conferiva al risarcimento del danno non patrimoniale, declinato nella nota formula del danno morale soggettivo, inteso come sofferenza contingente, turbamento dell'animo transeunte scaturente dal reato, una caratterizzazione in termini spiccatamente sanzionatori. Ed infatti, risultando il pregiudizio non patrimoniale risarcibile soltanto in dipendenza dall’accertamento di un reato, esso si aggiungeva alla condanna penale come speciale sanzione di tipo civile nei confronti del comportamento penalmente illecito⁵²⁶.

E’ noto anche come a partire dalla metà degli anni ’80 sia stato avviato dalla Giurisprudenza un processo di depatrimonializzazione della responsabilità civile, il cui esito è scolpito nelle sentenze cd. di San Martino.⁵²⁷ Queste affermano la

⁵²⁵ La previsione di cui all’art. 2059 costituisce una novità del Codice Civile del 1942, frutto dell’influenza che su di esso ebbe il modello tedesco del BGB. Il Codice del 1865 non conteneva alcuna previsione in merito. Ed infatti, il danno non patrimoniale era considerato, al pari del danno patrimoniale, sempre risarcibile. Era chiara l’influenza del modello francese sul Codice del 1865. Ed infatti, nel sistema francese di responsabilità civile la clausola generale di cui all’art. 1382 risulta riferita in modo indifferenziato al “*dommage*” sia esso materiale o immateriale, comprensivo del puro pregiudizio morale, inteso quest’ultimo come sofferenza interiore causata dall’illecito. Tanto più che l’art. 1382 non utilizza il termine risarcimento ma quello più neutro “riparazione” (v. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 3, 2003, 249). Fu solo a partire dalla fine del XIX secolo che sotto l’influsso del pensiero di Gabba (v. nota a Cass. Palermo 23 febbraio 1895, in Foro it., 1896, 685 ss.) si diffuse l’idea della irrisarcibilità del danno non patrimoniale, in ragione della sua incidenza su diritti della persona caratterizzati da inviolabilità ed intangibilità, caratteristiche queste che secondo l’A. ne determinavano la sottrazione al dominio proprio del diritto civile, consegnandone la tutela al diritto penale. Da lì prese avvio un dibattito che sfociò, poi, nel 1924, nella presa di posizione della Corte di Cassazione nel senso della irrisarcibilità del pregiudizio non patrimoniale (Cass., sez. un., 20 ottobre 1924, in Giur. it., 1924, I, 1, 952). Sul punto si veda ROSSETTI, *Post nubila phoebus, ovvero gli effetti concreti della sentenza delle sezioni unite n. 26972 del 2008 in tema di danno non patrimoniale*, in *Giust. Civ.*, 2009, 930 ss. par. 3.2.

⁵²⁶ Una tale caratterizzazione in termini sanzionatori del risarcimento del danno non patrimoniale risultava corroborata dalla cd. pregiudiziale penale assoluta, venuta meno con l’emanazione del Codice di Procedura penale del 1988. Sul punto cfr. FRANZONI, *Civile e ... Penale*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2012, 1831 B ss.

⁵²⁷ Il riferimento è a Cass., SS.UU., 11 novembre 2008, nn. 26972/26975. La sentenza è annotata in *Contr. e Impresa*, 2009, 589 ss. con nota di MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*; in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, 97 ss., con nota di BUSNELLI, *Le sezioni unite e il danno non patrimoniale*; in *Riv. It. di Medicina Legale*, 2009, con nota di Barni, *La medicina legale prima e dopo la sentenza di cassazione (a sezioni unite civili) sul danno esistenziale*, 451 ss. e con nota di FIORI, *Per una valutazione personalizzata medico-legale del danno biologico*, 456 ss.; in *Resp. Civ. e Previdenza*, 2009, con nota MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, 56 ss., di NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, 63 ss., di POLETTI, *La dualità del sistema risarcitorio e l’unicità della categoria dei danni non patrimoniali*, 76 ss. e di ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l’uso*, 94 ss.; in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2009, con nota di GAZZONI, *Il danno esistenziale, cacciato, come meritava, dalla porta, rientrerà dalla finestra*, 100 ss.; in *Giust.*

risarcibilità del danno non patrimoniale (inteso come categoria unitaria), oltre che nei casi in cui ciò sia espressamente previsto dalla legge ordinaria⁵²⁸ (restando in tal senso luogo classico l'art. 185 c.p.), allorché risulti leso un diritto inviolabile della persona di rango costituzionale (cd. ingiustizia costituzionalmente qualificata) e ricorra, in tale ultimo caso, il requisito ulteriore della gravità dell'offesa al diritto inciso.

Il percorso in questione, analogamente a quanto avvenuto per il diritto tedesco, ha visto la giurisprudenza impegnata in un'opera di risistemazione della materia del danno non patrimoniale, nell'ottica di un progressivo allargamento dell'area della tutela degli interessi riferibili alla persona umana, in linea con la centralità che essa riveste nella Costituzione. In un primo momento a stimolare la riflessione è stata la categoria del danno alla salute, la cui sottrazione alle strettoie dell'art. 2059 c.c. sembrava necessaria per raggiungere l'obiettivo, reso necessario da esigenze di giustizia, di sganciarne la risarcibilità, nei suoi riflessi di tipo non economico, dalla circostanza che la condotta illecita integrasse gli estremi del reato. Successivamente, l'area della risarcibilità si è estesa oltre il pregiudizio alla salute, con l'affermazione dell'idoneità della Costituzione ad accogliere il rinvio di cui all'art. 2059 c.c. e della conseguente risarcibilità del pregiudizio di carattere non patrimoniale, ogniqualvolta risulti essere leso un interesse costituzionalmente protetto.⁵²⁹

Appare evidente che, venuta meno la quasi sostanziale coincidenza dell'area del risarcimento del danno non patrimoniale con quella del reato è venuta meno la caratterizzazione spiccatamente sanzionatoria che ne aveva connotato la

Civ., 2009, con nota di ROSSETTI, *Post nubila phoebus, ovvero gli effetti concreti della sentenza delle sezioni unite n. 26972 del 2008 in tema di danno non patrimoniale*, 930 ss.

⁵²⁸ Un elenco di dodici disposizioni di Legge che costituiscono altrettante ipotesi in cui è consentito il ristoro del pregiudizio non patrimoniale, in base al rinvio di cui all'art. 2059, è rinvenibile in ROSSETTI, op.ult.cit., par. 6.2.1,

⁵²⁹ Il processo in questione è stato scandito da una serie di pronunce della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione, le principali sono: Corte Costituzionale, 14 luglio 1986, n. 184, in n *Foro it.*, 1986, I, 2053 ss.; Corte Cost., 27 ottobre 1994, n. 372, in *Foro It.* 1995, I, 3297; Corte Cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Foro It.*, 2003, I, 2201; Corte di Cassazione, SS.UU., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Danno e resp.*, 2003, 816 ss., con note di BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*; di PONZANELLI, *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione*; di PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'art. 2059 c.c. va in paradiso*; Corte di Cassazione, SS.UU., 11 novembre 2008, nn. 26972/26975, già citate. Da ultimo si vedano anche Corte di Cassazione, Sez. III, 12 settembre 2011, n. 18641, in *Giust. Civ.* 2012, I, 1760 ss.; annotata da AINA, *Verso un ritorno del danno morale soggettivo?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 110; CHINDEMI, *Danno morale autonomo rispetto al danno biologico*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, II, 2483; DI MAJO, *Sopravvive il danno morale?*, in *Corr. giur.*, 2012, 53; PONZANELLI, *La Cassazione e il danno morale: un contributo per una lettura*, in *Danno resp.*, 2012; Cass. 20 novembre 2012, n. 20292, *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2013, 116 ss., con nota di ZIVIZ, *Danno esistenziale: nuova tappa di un lungo cammino*; Cass. 3 ottobre 2013, n. 22585. Tutte e tre tali ultime sentenze sembrano rimettere in discussione l'impianto monistico del danno non patrimoniale di cui alle sentenze di san martino.

fisionomia nei primi decenni di vita del Codice.⁵³⁰ Eppure ciò non esclude *a priori* la permanenza di spazi residuali che consentano di valorizzare profili funzionali della responsabilità civile, diversi da quello strettamente compensativo e più propriamente ispirati ad un'ottica sanzionatoria o deterrente.

È necessario, anzitutto, mettere da canto il pregiudizio alla salute. Non vi è dubbio che esso rimanga saldamente ancorato ad un'ottica strettamente compensativa⁵³¹, in quanto caratterizzato dalla "tangibilità", garantita dalla possibilità di accertamento medico-legale in ordine alla sua sussistenza e consistenza, e risarcito sulla base di tabelle giudiziarie⁵³² che attribuiscono un valore ai diversi gradi di menomazione dell'integrità psico-fisica, e salva sempre la possibilità di personalizzazione⁵³³ a seconda delle circostanze del caso concreto, che consente peraltro di tenere in conto la sofferenza del soggetto.

A dispetto di quanto affermato dalla Cassazione nel 2007, non può ignorarsi l'emersione, all'interno della vasta area del risarcimento del danno non patrimoniale, di momenti di curvatura dell'illecito extracontrattuale a finalità sanzionatorie o preventive. Ed infatti, anche dall'analisi della giurisprudenza italiana emergono aree nelle quali la valutazione e/o la commisurazione del risarcimento di tale categoria di danno, avviene in base a criteri che non si possono ricondurre al modello compensativo, lasciando intravedere la volontà, pur non dichiarata, del giudice di sanzionare la condotta del danneggiante, riaffermare la dignità lesa del danneggiato in un'ottica simbolica più che compensativa, prevenire la ripetizione in futuro di condotte simili⁵³⁴.

Tali aree d'altronde non sembrano potersi etichettare come semplici devianze patologiche dal modello ortodosso. Ed infatti, non pare che il principio di integrale riparazione del danno abbia rilevanza costituzionale⁵³⁵, né può

⁵³⁰ La caratterizzazione in senso "privatamente afflittivo" della riparazione del danno non patrimoniale è stata sostenuta da BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983.

⁵³¹ Pur affermando la natura sanzionatoria del risarcimento del danno non patrimoniale, ammette la natura "latamente compensativa" del danno biologico GAZZONI, *Il danno esistenziale*, cit., par. 5, il quale, però, afferma in chiave fortemente critica: «Le tabelle, allora, imitano valori commerciali, con fissazione di una sorta di prezzario del dolore, che viene così risarcito perché la lesione corporale è di fatto equiparata al danneggiamento di un qualsivoglia bene, ad esempio di un autoveicolo a seguito di uno scontro, anche se la necessaria personalizzazione, dando spazio al pregiudizio esistenziale, reintroduce l'arbitrio giudiziario, che, in caso di risarcimento del danno patrimoniale, non esiste».

⁵³² Il sistema tabellare è frutto dello sforzo dei singoli uffici giudiziari i quali, di concerto con gli operatori del diritto, attribuiscono dei valori monetari alla lesione all'integrità psico-fisica, secondo un sistema basato sulla percentuale di invalidità e che tiene conto dell'età del danneggiato.

⁵³³ Come rilevato da PONZANELLI, *Gli attacchi al principio di integrale riparazione del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 1415 B ss., par. 3, già nel potere di personalizzazione attribuito al giudice si cela un meccanismo di possibile superamento del principio di integrale riparazione del danno.

⁵³⁴ Tra i primi a formulare simili osservazioni e a teorizzare la pluralità di funzionale del danno non patrimoniale in questione SALVI, *La responsabilità civile*, in IUDICA ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1998.

⁵³⁵ Cfr. sul punto PONZANELLI, *I danni punitivi*, in NGCC 2008, 25 ss., 29; Id. cfr. Ponzanelli, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in BUSSANI (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 67 ss. L'A. fa

paventarsi nella predetta prassi giurisprudenziale una indebita imposizione di pene da parte del giudice senza previa predeterminazione legale del comportamento illecito⁵³⁶. Non sfugge, infatti, come, nel modello delineato dal codice civile, anche dopo le rilevanti aperture giurisprudenziali di cui si è detto, il danno non patrimoniale rimanga improntato al modello della tipicità, seppur stemperata dal carattere sostanzialmente aperto del catalogo dei diritti inviolabili costituzionalmente garantiti. Anzi, la valorizzazione delle dimensioni funzionali predette, pur sempre mantenendo salda la principale vocazione riparatoria della responsabilità anche nel settore del danno non patrimoniale, consente di recuperare il valore e il senso della differenziazione forte che lo statuto del danno patrimoniale e quello del danno non patrimoniale esibiscono nel sistema della responsabilità civile. Ed infatti, accanto all'esigenza spicciola di limitare il contenzioso relativo a quei danni cd. bagatellari, che ha visto come protagonisti principalmente i giudici di pace, il doppio requisito della cd. ingiustizia costituzionalmente qualificata e della gravità della offesa all'interesse tutelato si spiega alla luce della diversa declinazione che la responsabilità civile è in grado di assumere con riferimento al pregiudizio non patrimoniale⁵³⁷. Da questo angolo visuale, la risarcibilità di qualsiasi pregiudizio non patrimoniale, che permane intatta, purché il danno sia ingiusto ex art. 2043, nell'ipotesi di cui all'art. 185

riferimento, a tal proposito alle continue negazioni in tal senso da parte della Corte Costituzionale, ad esempio Corte Cost. 24 ottobre 2007, n. 349, in *Guida al dir.*, 2007, n. 44, 42.

⁵³⁶ Afferma, a tal proposito PONZANELLI, *I danni punitivi*, cit., 31, che il potere di concedere punizioni monetarie, che superino la misura del danno effettivamente subito, necessita della necessaria intermediazione legislativa. Secondo L'A. la «condotta del danneggiante assume un testuale rilievo normativo con il rinvio ai casi determinati dalla legge. Tra i quali, in primis, il reato e, in seguito all'ascolto costituzionale della primavera del 2003, la lesione di diritti fondamentali. Nella quantificazione del danno non patrimoniale, in questi casi, non può non assumere una specifica rilevanza la condotta del danneggiante. Il danno non patrimoniale sofferto per l'uccisione di una persona vittima di un incidente da circolazione stradale o, invece, colpito e massacrato in un agguato camorristico, non può essere lo stesso. La valutazione del bene leso – cioè la vita – se da una parte non può che essere uguale (criterio di uguaglianza formale: uniformità di valutazione), dall'altro non può non risentire delle modalità soggettive con le quali la stessa azione è stata posta in essere e dell'influenza che tali modalità possano aver avuto sulle situazioni soggettive protette (uguaglianza sostanziale: flessibilità ed elasticità della valutazione). Il maggior risarcimento dovuto, frutto di una valutazione personalizzata del danno, riflette una sensibilità deterrente e acquista una chiara funzione punitiva».

⁵³⁷ Cfr. a tal proposito GAZZONI, *Il danno esistenziale*, cit., par. 6, il quale sostenendo la natura sanzionatoria del risarcimento del danno non patrimoniale, afferma: «la tipicità di cui all'art. 2059 c.c. si spiega ... proprio con la richiamata funzione non già compensativa, ma sanzionatoria, in perfetta analogia con l'art. 25 Cost. secondo cui nullum crimen sine lege, dal momento che il risarcimento del danno non patrimoniale va tipizzato con rigore, essendo intrinsecamente incerto e non offrendo quella sicura ed effettiva verifica e quantificazione, che, viceversa, il risarcimento di quello patrimoniale permette. La sanzione, d'altra parte, assolve alla funzione sua propria, che è quella di agire, innanzi tutto, in via preventiva, da deterrente, al fine di rafforzare l'osservanza della norma, reputata dal legislatore protettiva di interessi primari. Tali sono, infatti, anche quelli che fanno capo alla persona, come gli stessi fautori della funzione compensativa affermano, senza rendersi conto però che solo la sanzione possiede una propria coerenza a fronte all'invulnerabilità e indisponibilità di questi diritti, là dove la compensazione li assimila a quelli di natura strettamente patrimoniale, come tali disponibili».

c.p., sembra giustificarsi alla luce del disvalore che la condotta penalmente illecita ha agli occhi dell'ordinamento. Nelle restanti ipotesi, la più robusta soglia dell'ingiustizia costituzionalmente qualificata unita alla gravità dell'offesa consente all'ordinamento di riaffermare l'importanza dei diritti fondamentali riferibili alla persona, la cui inviolabilità ne rende impossibile una compensazione in senso stretto acquistando una caratterizzazione fortemente simbolica⁵³⁸ e, parimenti, apre la via al recupero di una dimensione funzionale ulteriore⁵³⁹, in chiave sanzionatoria o preventiva, in aggiunta alla primaria funzione di riparazione, allorché intervengano profili come la particolare gravità della condotta illecita e/o dell'atteggiamento soggettivo del danneggiante.⁵⁴⁰

⁵³⁸ Sul punto v. SCOGNAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.12, 2007, pag. 2485B, par. 5, il quale individua quale terreno di elezione nel quale il danno morale possa svolgere una funzione in concreto sanzionatoria quella degli illeciti di dolo. Negli altri casi l'A. rinviene nella condanna risarcitoria per danno morale una «funzione di riconoscimento simbolico del valore attribuito alla persona e di riconoscimento, sul piano sociale della ingiustizia della sua violazione», affermando la necessità di una riconsiderazione «dopo tanti decenni di riflessione giustamente attenta alle suggestioni ... dell'analisi economica del diritto, la valenza simbolico-culturale degli istituti e dei rimedi giuridici». Ed infatti, secondo l'A. escludendosi che il danno morale possa risolversi in quella «strana alchimia, che consiste appunto nel estrarre monete dalle proprie lacrime, il danaro non può assumere, in questo caso, il ruolo, che gli è normalmente proprio, di unità di misura dei valori di mercato, bensì, ed appunto, quello diripristino dell'assetto di valori recepito dall'ordinamento».

⁵³⁹ Si segnala in tal senso una recente pronuncia del Tribunale di Milano la quale sembra riecheggiare l'esperienza tedesca in materia di danno da lesione della riservatezza riportata *supra*. Si tratta della nota pronuncia resa dalla Sezione X, in data 3 settembre 2012, n. 9749, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, fasc.2, 2013, con nota di SERANI, *Il caso "vieri" e il danno non patrimoniale da lesione della privacy del calciatore*, 1072 ss., in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.1, 2013, con nota di PERON, *Sul risarcimento del danno non patrimoniale da violazione della privacy*, 225 ss. Con essa la Compagnia telefonica Telecom Italia s.p.a. veniva condannata a risarcire al calciatore Vieri, allora tesserato presso la Società Calcistica Inter, F.C. Internazionale Milano s.p.a., la somma, particolarmente sostanziosa, di 1 milione di euro a titolo di danni non patrimoniali da lesione del diritto alla privacy, per avere sottoposto ad intercettazione l'utenza telefonica del sig Vieri, su commissione della predetta Società calcistica ed essendosi la condotta illecita protratta lungo un arco temporale di circa 4 anni. Si nota per inciso che la somma accordata a titolo risarcitorio non pare in alcun modo giustificabile su un piano strettamente compensativo, distanziandosi essa peraltro dagli ordinari *standards* di risarcimento del danno da lesione della *privacy*. Colpisce l'interprete che il Tribunale di Milano, da una parte, declami la regola secondo cui «il danno non patrimoniale non è in re ipsa e deve essere provato in giudizio, anche mediante presunzioni», allineandosi con ciò al *dictum* della Cassazione di cui alle sentenze di san martino, ma poi faccia generico riferimento alle prove testimoniali dalle quali emergeva che il sig Vieri aveva subito una «indubbia sofferenza», alla circostanza che ciò corrisponda *all'id quod plerumque accidit*, al fatto che dalla c.t.u. emerga uno stato di disagio e di malessere, non comunque tale da degenerare in un danno alla salute, infatti escluso dalla Corte. La Corte milanese rimane silente sui criteri che l'hanno condotta a liquidare una somma così sostanziosa, e ciò non può non far pensare che in realtà, almeno in parte, essa sia stata liquidata per colpire una condotta particolarmente aggressiva, quale quella dell'abusiva intercettazione dell'altrui traffico telefonico, in considerazione anche della natura particolarmente subdola di tali forme di aggressione alla riservatezza, della difficoltà di impedirle, e quindi principalmente in funzione di deterrenza del comportamento illecito.

⁵⁴⁰ Ammette la concorrenza di una funzione definita come punitiva o individual-deterrente del risarcimento del danno morale, nei limiti di una sua incidenza sul *quantum* del risarcimento del danno non patrimoniale, allorché la gravità dell'illecito, connotato in termini di dolo o colpa grave, si correli all'entità del danno, nel senso di un aggravamento della reazione emotiva suscitata

Se ci si sposta sul terreno dell'applicazione giurisprudenziale dell'impianto regolatore del danno non patrimoniale, quanto finora detto trova conferma in vari settori.

Non è sempre vero che considerazioni riferibili alla condotta del danneggiante in termini di gravità della stessa, anche in considerazione dell'atteggiamento soggettivo che la anima, rimangano comunque influenti per quel che riguarda la liquidazione del danno morale.

Una opposta tendenza pare emergere, ad esempio, nel settore dell'illecito endofamiliare. Si tratta, come è noto, di categoria il cui recente sviluppo si lega al superamento dell'idea dell'impermeabilità del clan familiare rispetto al diritto, che in passato aveva portato all'esclusione della tutela ex art. 2043 rispetto a danni che fossero stati causati dalla violazione dei doveri scaturenti dallo *status familiae*. Ora, con particolare riferimento alla violazione dei doveri coniugali, la necessità delle Corti di contemperare adeguatamente l'esigenza di assicurare tutela a posizioni costituzionalmente rilevanti quali quelle fondate sullo *status familiae*, con l'altra, altrettanto meritevole, di preservare la libertà del coniuge che quei doveri abbia violato, in quanto la sua condotta è manifestazione al contempo della libertà di determinarsi nelle relazioni affettive e nei rapporti personali, ha condotto le Corti a ricercare dei criteri in grado di garantire un giusto equilibrio con riferimento alla tutela risarcitoria.

Di particolare interesse per la nostra analisi è la circostanza che tale sforzo ermeneutico si sia tradotto nella tendenza delle Corti ad assumere il dolo del danneggiante, la gravità della condotta illecita, il suo carattere particolarmente riprovevole, anche alla luce delle concrete modalità del suo esplicarsi, quali criteri in grado di discriminare il pregiudizio morale risarcibile da quello che tale non sia.⁵⁴¹ Così facendo le Corti sembrano conferire carattere almeno in parte sanzionatorio al risarcimento del danno morale, finendo per risarcire non la

dall'illecito, NAVARRETTA, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2008, fasc. 3, par 2.2.

⁵⁴¹ Si veda, ad esempio, Corte App. Roma Sez. III, Sent., 14-06-2011. In esso veniva proposto appello avverso una sentenza del Tribunale con cui, oltre ad essere pronunciata separazione con addebito a carico del marito, alla moglie veniva altresì risarcito il pregiudizio morale derivante dai comportamenti immorali e prevaricatori assunti dal marito nel corso della vita coniugale. In quella sede la Corte territoriale ebbe modo di pronunciarsi con riferimento al danno non patrimoniale subito dal coniuge ed in particolare sotto il profilo della liquidazione: «Accertata la particolare gravità ed odiosità del comportamento lesivo e quindi la sua notevole capacità di offendere i beni personali costituzionalmente protetti indicati come lesi dalla coniuge appellante, la liquidazione equitativa del danno non patrimoniale va operata sulla base di criteri diversi e congiunti tra loro, che si riferiscono, in particolare, per ciò che riguarda il c.d. danno morale da reato (che non può non essere ritenuto sussistente tenuto conto della fattispecie normativa di cui all'art. 572 c.p.c.), alla menzionata odiosità della condotta lesiva, indotta soprattutto dallo stato di soggezione psico-fisica della coniuge vittima di ripetuti atti diretti a lederne l'integrità fisica e morale; e per la parte concernente il c.d. danno esistenziale, al clima di violenza e sopraffazione creato nell'ambiente familiare dal comportamento dell'appellato, alle paure e sofferenze inferte alla coniuge ed al peggioramento delle sue capacità di relazionarsi con persone di sesso maschile ed, in generale, per le relazioni esterne al nucleo familiare della appellante in conseguenza di esso».

semplice violazione del dovere coniugale quanto la violazione che si qualifichi negativamente per la sua particolare aggressività, che influisce sulla misura del risarcimento.⁵⁴²

Ancora esiste una consolidata tradizione giurisprudenziale consistente nell'assumere le caratteristiche della condotta del danneggiante, la sua gravità oggettiva, il grado di colpevolezza, il profitto che questi ne abbia tratto, quali indici di riferimento per la liquidazione del risarcimento derivante dal pregiudizio all'onore e alla reputazione derivante dalla diffamazione a mezzo stampa, analogamente a quanto avvenuto nell'esperienza tedesca.⁵⁴³

Ancora, l'ammontare dei risarcimenti liquidati talora restituisce l'impressione che le Corti facciano lievitare i risarcimenti del danno non patrimoniale di fronte a violazioni così gravi dei diritti inviolabili della persona da tradursi in una aggressione intollerabile alla dignità del danneggiato e da sollecitare una risposta "esemplare" da parte dell'ordinamento giuridico.⁵⁴⁴

⁵⁴² Sul punto si veda FACCI, *Il danno da adulterio*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.5, 2012, 1481B, par. 5 e l'ampia casistica di merito ivi citata. Per una riflessione sull'incidenza del dolo nell'ambito dell'illecito intrafamiliare e sugli effetti che ciò produce sul modello generale della responsabilità aquiliana cfr. anche CAMILLERI, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'european tort law*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc.1, 2010, pag. 145 ss., par. 7 ss.

⁵⁴³ Si veda in proposito STELLA, *Responsabilità civile e risarcimento dei danni per diffamazione a mezzo stampa*, in *NGCC*, 1997, fasc. 1, par. III.2, e l'ampia casistica ivi citata. Sulla stessa linea, più di recente, v. Tribunale di Roma 03.02.2010, in *La Responsabilità civile*, 2010, 836 ss., con nota di GRONDONA, *Danno morale da diffamazione a mezzo stampa e ambito di rilevanza dei danni punitivi*. La Corte individua quali criteri per procedere alla valutazione equitativa del danno morale da diffamazione 1) la diffusione dello stampato; 2) la gravità dell'ingiusta accusa; 3) l'intensità del dolo del giornalista. Cfr. anche GAUDINO, RANDI, *Il prezzo dell'onore: la valutazione equitativa del danno da diffamazione a mezzo stampa*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 83 ss. ove si elencano, a seguito di approfondita analisi della giurisprudenza di merito e di legittimità, i seguenti criteri per la liquidazione del danno morale da diffamazione: 1) gravità dell'illecito, 2) diffusione della notizia, 3) condizioni sociali e collocazione professionale del danneggiato, 4) qualità dei soggetti destinatari della notizia, 5) modalità di presentazione della stessa, 6) autorevolezza dell'editore e prestigio dell'autore, 7) capacità economica del responsabile e l'utile che questi abbia tratto dall'illecito. In giurisprudenza si vedano, *ex multis*, Tribunale Genova, 3 settembre 2001: «la liquidazione del danno non patrimoniale derivante dalla lesione dell'onore ed alla reputazione arrecata dal fatto illecito deve fondarsi necessariamente su una violazione equitativa che tenga conto della gravità oggettiva del fatto, desumibile dalle modalità della condotta illecita, della portata offensiva della diffamazione e dal risalto che alla stessa è stato dato dagli autori del fatto illecito»; nello stesso senso Tribunale di Napoli, 22 marzo 1996.

⁵⁴⁴ Si veda a tal proposito ROTELLI, *Il danno da discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.12, 2008, 2536 ss., par. 5. L'A. commenta la questione del risarcimento del danno non patrimoniale derivante da discriminazione operata in base all'orientamento sessuale, con riferimento ad una vicenda su cui si sono pronunciati, nei rispettivi ambiti di competenza, il Tar Sicilia e il Tribunale di Catania. Il primo nel 2005 annullava un provvedimento dell'ufficio Provinciale della Motorizzazione, che aveva proceduto illegittimamente alla revisione della patente di guida dell'attore sulla base di una segnalazione dell'Ospedale militare, che, avendo sottoposto a visita il ricorrente, lo aveva ritenuto non soltanto inidoneo al servizio di leva in quanto affetto da un "disturbo dell'identità sessuale", ma anche "risultato non essere in possesso dei requisiti di idoneità psicofisica legalmente richiesti per la condotta di automezzi". Il ricorrente adiva poi il Tribunale di Catania che condannava le due Amministrazioni statali autrici dell'abuso, quella della Difesa e quella dei Trasporti alla somma

6. Considerazioni conclusive

Il confronto con l'esperienza di *common law* in materia di *punitive damages* consente di formulare alcune osservazioni conclusive con riferimento al modello di responsabilità civile continentale.

Da una parte, dall'analisi del modello americano risulta evidente come la fisionomia che l'istituto assume in quel contesto ordinamentale sia fortemente legata alle peculiarità insite nello stesso, difficilmente replicabili all'interno del contesto europeo. Quest'ultimo, in particolare, sembra differire per la fondamentale tendenza a preferire, per il fine orientare il comportamento degli attori sul mercato, di tutelare interessi collettivi particolarmente rilevanti, quale ad esempio quello di garantire la sicurezza dei consumatori, meccanismi di regolazione di tipo normativo e amministrativo, all'iniziativa privata e al sistema di responsabilità civile ⁵⁴⁵. Esemplare, in tal senso, è la tematica della responsabilità punitiva multipla che costituisce diretta derivazione della tendenza del diritto americano a fare della singola vicenda giudiziaria l'occasione per perseguire finalità pubblicistiche di compensazione e prevenzione di danni collettivi o sociali.

L'esperienza inglese rappresenta la declinazione in chiave europea dell'istituto del danno punitivo. Ed infatti, in quell'ordinamento, lungi dal funzionare come strumento di regolazione pubblicistica per la prevenzione delle condotte dannose – come, almeno in parte, avviene nell'ambito del contesto americano, ove sullo sfondo della singola vicenda giudiziaria si intravede la presenza della parte pubblica che eleva la propria pretesa punitiva nei confronti delle condotte socialmente indesiderate –, il risarcimento esemplare esaurisce i suoi effetti esclusivamente tra le parti della singola controversia, divenendo strumento volto a sanzionare la lesione dei diritti fondamentali dell'individuo e le condotte dannose deliberatamente poste in essere nella semplice ottica del profitto.

La maggiore contiguità dell'esperienza inglese in materia rispetto ai sistemi di responsabilità civile continentali la rende maggiormente idonea a divenire il punto di riferimento per l'osservatore continentale che intenda avviare una riflessione sull'opportunità di introdurre rimedi di carattere sanzionatorio e preventivo all'interno del proprio sistema di responsabilità per i fatti illeciti. Una tale evenienza si è verificata, ad esempio, nell'ambito della redazione del Progetto Terré: gli ampi riferimenti comparatistici contenuti nel commento che accompagna

non indifferente di 100.000 euro. Come rilevato dall'A., la Corte siciliana pone l'accento, per pervenire alla sostanziosa liquidazione, sulla gravità delle condotte delle due amministrazioni pubbliche, ai limiti della vessatorietà, sull'offesa e l'oltraggio gravi arrecati alla personalità dell'attore, sull'umiliazione inferta allo stesso per mezzo della illecita discriminazione. Manca, invece, qualunque indagine sulle specifiche conseguenze negative della lesione dei diritti della persona evocati, tanto da non potersi dubitare che ad essere risarcito sia un danno *in re ipsa*.

⁵⁴⁵ MEURKENS, *The Punitive Damages Debate in Continental Europe: Food for Thought?*, in MEURKENS, NORDIN, *Punitive Damages*, cit., 20 ss.

il Progetto e riferiti, per quel che concerne il danno punitivo, all'esperienza inglese non lasciano residuare dubbi in proposito.

Il confronto con l'esperienza di *common law*, incline ad attribuire al sistema rimediabile avverso gli illeciti altri profili funzionali, rispetto a quello principale di compensazione, spinge l'interprete di *civil law* ad interrogarsi su una pari declinabilità in tal senso del proprio sistema di responsabilità civile.

La riflessione risulta catalizzata dalla constatazione della insufficienza del modello compensativo rispetto al fine di garantire adeguata protezione e tutela a determinati diritti, per la loro particolare sensibilità o per la loro naturale esposizione a forme di violazione particolarmente aggressive.

Da lungo tempo, per esempio, la dottrina italiana si interroga e cerca di offrire soluzioni al fenomeno dell'arricchimento da fatto illecito, alla luce della sostanziale ingiustizia che l'operatività della regola di responsabilità produce in ipotesi di tal tipo, per la sua incapacità di colpire l'indebito profitto realizzato dall'aggressore, in casi in cui questo risulti superiore alla perdita subita dal danneggiato o addirittura nessuna perdita sia ravvisabile in capo a quest'ultimo.⁵⁴⁶

E d'altronde, quello della *faute lucrative* è uno dei problemi su cui si focalizzano tutti e tre i progetti di riforma del *Code Civil* francese. Al contrario, i sistemi di *common law* hanno sviluppato un meccanismo rimediabile in grado di colpire il profitto illecito in ipotesi di tal fatta. Si tratta del cd. *disgorgement*, le cui potenzialità il legislatore italiano, sotto la spinta delle sollecitazioni di provenienza europea, sembra avere voluto sfruttare nell'ambito della tutela dei diritti di proprietà intellettuale, particolarmente esposti per il loro carattere immateriale a fenomeni di usurpazione⁵⁴⁷. Se la condotta deliberatamente rivolta al calcolo di profitto rappresenta uno dei settori nei quali il meccanismo puramente compensativo tradizionale non è in grado di offrire adeguata tutela, la risposta rimediabile più adeguata in tal senso pare rappresentata dall'arricchimento senza causa, in combinazione con il diritto della responsabilità civile.

Un secondo settore particolarmente sensibile, che pare necessitare di una risposta rimediabile rafforzata è quello che riguarda la lesione dei diritti fondamentali della persona. Tali diritti si caratterizzano per il loro carattere inviolabile che li sottrae all'ottica del mero scambio. La centralità che l'uomo acquisisce nel disegno costituzionale si è tradotta nel sempre maggiore allargamento del novero degli

⁵⁴⁶ Cfr. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959; TRIMARCHI, *L'arricchimento derivante da atto illecito*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Giuffrè, 1994, 1147 ss.

⁵⁴⁷ Il riferimento è all'art. 158 della Legge sul diritto d'Autore (22 aprile 1941, n. 633) e all'art. 125 del Codice della proprietà industriale (D.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30). Per un'applicazione fortemente innovativa del rimedio si vedano le due recenti sentenze della Cassazione 11 maggio 2010 n. 11353, in *Foro It.*, 2011, I, 540 ss. con nota di PARDOLESI, *Abusivo sfruttamento di immagine e danni punitivi*, e 15 aprile 2011, n. 8730, in *Foro It.*, 2011, I, 3073, con nota di Pardolesi, *Violazione del diritto d'autore e risarcimento punitivo/sanzionatorio*. Sulla complessiva vicenda si veda, più diffusamente, PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali. Disgorgement v. punitive damages*, Bari, 2012, 129 ss.

interessi a questo riferibili, secondo un processo di depatrimonializzazione della responsabilità civile. Così, fenomeni di aggressione deliberata, spesso nell'ottica spregiudicata del profitto, a tali diritti o violazioni di essi talmente gravi da apparire intollerabili agli occhi dell'ordinamento sembrano richiedere una risposta severa che sia tale da marcarne il carattere inviolabile. E' evidente che in tal senso il meccanismo compensativo, proprio perché improntato alla logica dello scambio e del pagamento del costo del danno piuttosto che del divieto assoluto della violazione, non possa adeguatamente funzionare.

In questo, come in altri settori particolarmente sensibili, il discorso diventa, in sostanza, quello della differenziazione funzionale della tutela rimediale avverso gli illeciti a seconda delle finalità da perseguire: secondo un ordine di priorità stabilito dalla gravità della lesione.

L'obiettivo, in quest'ottica, non è più soltanto quello di assicurare al danneggiato il sollievo per perdita subita, ma diventa quello di dissuadere i consociati dal compimento di atti gravemente perturbatori di fondamentali beni della collettività.⁵⁴⁸

⁵⁴⁸ Cfr. SCALISI, *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, Riv. Dir. Civ., 2009, 681.

Bibliografia

AINA, *Verso un ritorno del danno morale soggettivo?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 110.

American Jurisprudence, Second.

An Inquiry into the Culture, Practices and Ethics of the Press, Report, the Right Honourable Lord Justice Leveson, November 2012, HC 780.

AMELUNG, *Damage Awards for Infringement of Privacy-The German Approach*, in *14 Tul. Eur. & Civ. L. F.*, 1999, 15.

ASCHER, *Punitive damages under the new chinese tort liability law*, China *European Law Journal*, 2013, 185

ATITYAH, *Vicarious Liability in the Law of Torts*, London, 1967

AUSNESS, *Retribution and deterrence: The Role of Punitive Damages in Products Liability Litigation*, in *74 Ky. L. R.*, 1985-1986, 2.

Avant-Projet de reforme du droit des obligations (Articles 1101 i 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 a 2281 du Code civil) Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005.

BARNI, *La medicina legale prima e dopo la sentenza di cassazione (a sezioni unite CIVILI) sul danno esistenziale*, in *Riv. It. di Medicina Legale*, 2009, 451.

BEEVER, *The structure of aggravated and exemplary damages*, in *OJLS*, 2003, 87.

BEHR, *Punitive damages in American and German law tendencies towards approximation of apparently irreconcilable concepts*, in *78 Chi.-Kent L. Rev.*, 2003, 105.

BENATTI, *La circolazione dei danni punitivi: due modelli a confronto*, in *Corr. Giur.*, 2012, 263.

BÉTEILLE, ANZIANI, *Rapport d'Information n. 558, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et*

d'administration générale (1) par le groupe de travail (2) relatif à la responsabilité civile, 15 giugno 2009.

BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, libro III, Chicago, 1871.

Black's Law Dictionary, 5th ed., 1979.

BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983.

BORGHETTI, *Punitive Damages in France*, in KOZIOL, WILCOX (a cura di), *Punitive Damages: common law and civil law perspectives*, Vienna, 2009.

BROGGINI, *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di «punitive damages» con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, 479.

BUNGERT, *Enforcing U. S. Excessive and Punitive Damages Awards in Germany*, in *The International Lawyer*, 1993, 1075.

BURROWS, *Understanding the Law of Obligations*, Londra, 1998.

BURROWS, *Remedies for torts and breach of contract*, 3 ed., Oxford, 2004.

BUSNELLI, *Le sezioni unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, 97.

BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2009, 909.

BUSNELLI, D'ALESSANDRO, *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o "condanna punitiva"?*, in *Danno e Responsabilità*, 2012, 585.

BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2003, 826.

PONZANELLI, *La Cassazione e il danno morale: un contributo per una lettura*, in *Danno e resp.*, 2012, 17.

ZIVIZ, *Danno esistenziale: nuova tappa di un lungo cammino*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2013, 116.

CALABRESI, *The costs of accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Heaven, 1970.

CALABRESI, MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 Harv. L.Rev., 1972, 1089.

CAMILLERI, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'european tort law*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc.1, 2010, 145.

CAMPBELL, *The lives of the Lord Chancellors and keepers of the great seals of England*, Londra, 1846.

CAMPBELL, DEVENNEY, *Damages at the borders of legal reasoning*, in *C.L.J.* 2006, 65(1), 208.

CAMPEIS, DE PAULI, *Danni punitivi, ordine pubblico e sentenze straniere delibande a contenuto anfibio*, in *NGCC*, 2002, 765.

CANE, *The Anatomy of Tort Law*, Oxford, 1997.

CANE, *Mens rea in tort law*, in *OJLS*, 2000, 533.

CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2007.

CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa e Diritto Privato*, 2008, 315.

CASTRONOVO, *Il risarcimento punitivo che risarcimento non è*, in CERAMI, SERIO (a cura di), *Scritti di Comparazione e Storia Giuridica*, Torino, 2011, 100.

CHAMBERLAIN, *Where now? The Leveson Report and what to do with it*, in *Communications Law*, 2013, 21.

CHAPMAN, TREBILCOCK, *Punitive damages: divergence in search of a rationale*, *Alabama Law Review*, 1989, 741.

CHINDEMI, *Danno morale autonomo rispetto al danno biologico*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 2483.

CLAYTON, TOMLINSON, *Police Actions: a practical guide*, Chichester, 1997

CLERMONT, EISENBERG, *Trial by Jury or Judge: Transcending Empiricism*, in 77 *Cornell L. Rev.*, 1992, 1124.

COLBY, *Clearing the Smoke from Philip Morris v. Williams: the Past, Present, and Future of Punitive Damages*, in 118 *Yale L. J.* 2008, 392 .

COLEMAN, KRAUS, *Rethinking the Theory of Legal Rights*, 95 *Yale L.J.*, 1986, 1335.

COOTER, *Economic Analysis of Punitive Damages*, 56 *S. Cal. L. Rev.*, 1982, 79.

COOTER, ULEN, *Law and economics*, 5th ed., Boston, 2008.

COSENTINO, *Quando il troppo e' troppo: verso un argine costituzionale ai danni punitivi*, in *Danno e Responsabilità*, 1997, 298 ss.

COVUCCI, *Deterrenza processuale e pena privata: il "nuovo" art. 96, terzo comma, c.p.c.*, in *Danno e Responsabilità*, 2012, 523.

CRESPI REGHIZZI, *Sulla contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna a punitive damages*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, 1021.

CUNNINGTON, *The border between compensation, restitution and punishment*, in *L.Q.R.*, 2006, 382.

DANIELS, MARTIN, *Myth and Reality in Punitive Damages*, in 15 *Minn. L. Rev.*, 1990, 1.

D'ALESSANDRO, *Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in italia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007. 383.

DEAKIN, JOHNSTON, MARKESINIS, *Markesinis and Deakin's Tort law*, Oxford, 2008.

DE HIPPOLYTIS, *Condanne (straniere) al risarcimento dei danni punitivi: sono davvero insormontabili gli ostacoli al riconoscimento?*, in *Foro It.*, 2012, 1454.

DEFRANCES ET AL., U.S. Dep't of Justice, doc. no. Nej-154346, *Civil Jury Cases And Verdicts In Large Counties* , (1995).

DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS (DCA), *The law on Damages CP 9/07*, May 2007.

DEVILLIERS, *Stare decisis*, in *Advocate (Vancouver Bar Association)*, 1971, 296.

DIAMOND, *Integrating Punishment and Efficiency Concerns in Punitive Damages for Reckless Disregard of Risks to Others*, 18 *J.L.Econ. & Org.*, 2002, 117.

DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 3, Milano, 2003.

DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2008, 289.

DI MAJO, *Sopravvive il danno morale?*, in *Corr. giur.*, 2012, 53.

DOBBS, *Ending Punishment in "Punitive" Damages: Deterrence-Measured Remedies*, in 40 *Ala. L. Rev.*, 1989, 831.

DOBBS, *Law of remedies*, vol. I, Saint Paul, 1993.

DREYER, *La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée*, in *La Semaine Juridique - Edition générale*, 22 ottobre 2008.

DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, 1986.

EDELMAN, *In defence of exemplary damages*, in RICKETT (a cura di) *Justifying private law remedies*, Portland, 225.

EISENBERG ET AL., *The Predictability of Punitive Damages*, 26 *J. Leg. Stud.*, 1997, 623.

EISENBERG, LAFOUNTAIN, OSTROM, ROTTMAN, WELLS, *Juries, Judges, and Punitive Damages: an Empirical Study*, 87 *Cornell L. Rev.*, 2002, 743.

ELLIS, *Fairness and efficiency in the law of punitive damages*, in *S. Cal. L. Rev.*, 1982-1983, 2.

EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort law. Text and Commentary*, Vienna, 2005.

FACCI, *Il danno da adulterio*, in *Responsabilita' Civile e Previdenza*, fasc.5, 2012.

FAVA, *Punitive damages e ordine pubblico: la cassazione blocca lo sbarco*, in *Corr. giur.*, 2007, 497.

FAVA, *Funzione sanzionatoria dell'illecito civile? una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra danni punitivi e ordine pubblico*, in *Corr. Giur.*, 2009, 523.

FELDTUSEN, *Punitive Damages: Hard Choices and High Stakes*, in 1998 *N.Z. L. Rev.*, 1998, 741.

FERRI, SPADA (a cura di), *L'avant-projet Catala. (progetto di riforma del diritto delle obbligazioni e della prescrizione - artt. 1101/1386 e 2234/2281 del Code civil - redatto da una Commissione di civilisti francesi diretta da Pierre Catala). Testo, expose' des motifs e traduzione in italiano*, Milano, 2008.

FIELD, *A Treatise on the Law of Damages*, 2nd ed., Des Moines, 1881.

FIORI, *Per una valutazione personalizzata medico-legale del danno biologico*, in *Riv. It. di Medicina Legale*, 2009, 456.

FORD, *Damages, Punitive or Exemplary Damages - A Canadian View of Rookes v. Barnard*, in *Alberta Law Review*, 1965, 159.

FRANZONI, *Civile e ... Penale*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2012, 1831 B.

GALANTER, LUBAN, *Poetic Justice: Punitive Damages and Legal Pluralism*, 42 *Am. U. L. Rev.*, 1393.

GALLIGAN, *Augmented Awards: The Efficient Evolution of Punitive Damages*, in 51 *La. L. Rev.*, 1990, 3.

GASH, *The End of an Era: The Supreme Court (Finally) butts out of Punitive Damages oor good*, in 63 *Fla. L. Rev.*, 2011, 525.

GASH, *Understanding and solving the multiple punishments problem*, in MEURKENS, NORDIN, *The power of punitve damages. Is Europe missing out?*, Cambridge, 2002, 65.

GAUDINO, RANDI, *Il prezzo dell'onore: la valutazione equitativa del danno da diffamazione a mezzo stampa*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 83.

GAZZONI, *Il danno esistenziale, cacciato, come meritava, dalla porta, rientrerà dalla finestra*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2009, 100.

GERLIN, *A Matter of Degree: How a Jury Decided That One Coffee Spill Is Worth \$ 2.9 Million*, in *Wall St. J. Europe*, 1994, 1.

GIORDANO, *Brevi note sulla nuova responsabilità processuale c.d. aggravata*, in *Giurisprudenza di Merito*, 2010, 434.

GOLDBERG, *Tort Law for Federalists (and the rest of us): Private Law in disguise*, in 28 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y*, 2004-2005, 3.

GOLDBERG, *Two conceptions of tort damages: fair v. full compensation*, in *DePaul L. Rev*, 2006, 435.

GREENLAF, *A treatise on the Law of Evidence*, Boston, 1883.

GRONDONA, *Danno morale da diffamazione a mezzo stampa e ambito di rilevanza dei danni punitivi*, in *La Responsabilità civile*, 2010, 836.

Guidelines for the Assessment for General Damages in Personal Injuries, Oxford, 2012.

HAMPTON, *Correcting harms versus righting wrongs: the goal of retribution*, in 39 *UCLA L. Rev.*, 1992, 1659.

HARDER, *Measuring the Law of Obligations, The Search for Harmonised Principles*, Oxford, 2010.

HARRIS, CAMPBELL, NELSON, *Remedies in contract and tort*, Cambridge, 2002.

HARVEY, *MGN Ltd v United Kingdom (39401/04): legal advice and funding - defamation - access to justice – celebrities*, in *J.P.I. Law* 2011, C101.

HASTIE, VISCUSI, *What Juries Can't Do Well: The Jury's Performance as a Risk Manager*, in 40 *Ariz. L. Rev.*, 1998, 901.

HAY, *The Recognition and Enforcement of American Money-Judgments in Germany. The 1992 Decision of the German Supreme Court*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1992, 729.

HYLTON, *Punitive Damages & the Economic Theory of Penalties*, 87 *Geo. L.J.*, 1998, 421.

HOFFMAN, *Rookes v. Barnard*, in *Law Quarterly Review*, 1965, 166.

HOLDSWORTH, *History of English Law*, 2, 3rd ed., 1923.

HOLMES, *The Common Law*, New York, 1991.

HOOPER, JORDAN, *The Leveson report and the future regulation of the press*, in *Entertainment Law Review*, 2013, 45.

HOUSE OF COMMONS – *Culture, Media and Sport Committee, Press standards, privacy and libel, Second Report of Session 2009–10*, London, HMSO, 2010.

HOWARTH, *The cost of libel actions: a sceptical note*, in *C.L.J.*, 2011, 397.

HURST, *The new costs rules and practice directions*, in *C.J.Q.* 2013, 153.

JABLONSKI, *Enforcing U.S. punitive damages awards in foreign courts-a recent case in the supreme court of Spain*, in *24 J.L. & Com.*, 2005, 225.

JAMES, *Right to a Jury Trial in Civil Actions*, in *72 Yale L. J.*, 1963, 655

JANSEN, RADEMACHER, *Punitive damages in Germany*, in Koziol, Wilcox (a cura di), *Punitive Damages: common law and civil law perspectives*, Vienna, 2009.

JOHNSTON, *Punitive Liability: A New Paradigm of Efficiency in Tort Law*, in *87 Colum. L. Rev.*, 1987, 1385.

JONES, *Broome v. Cassell & Co. Ltd.*, in *McGill Law Journal*, 1973, 121.

JUDICIAL STUDIES BOARD, *Guidelines for the Assessment for General Damages in Personal Injuries*, Oxford, 2012.

KOCH, *Punitive damages in European Law*, in Koziol, Wilcox (a cura di), *Punitive Damages: common law and civil law perspectives*, Vienna, 2009.

KOZIOL, WILCOX (a cura di), *Punitive Damages: common law and civil law perspectives*, Vienna, 2009.

KOZIOL, *Punitive damages: admission into the seventh legal heaven or eternal damnation? Comparative report and conclusions*, in KOZIOL, WILCOX, *Punitive Damages: common law and civil law perspectives*, Vienna, 2009, 275.

KRAUS, *The right to privacy in Germany-pointers for American legislation?*, in *Duke L.J.*, 1965, 481.

LAHE, *Punitive Damages in Estonian Tort Law?*, in 2 *JETL*, 2011, 280.

LANDES, POSNER, *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge/Mass., 1987.

LAW COMMISSION, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages* (Law Com Rep No. 247).

LEMPERT, *Juries, Hindsight, and Punitive Damage Awards: Failures of a Social Science Case for Change*, in 48 *DePaul L. Rev.*, 1999, 867.

LEWIS, *Revisiting press regulation - the case for a public interest defence for journalists*, in *Archbold Review*, 2013, 4.

LORD DENNING, *The Discipline of Law*, Londra, 1979.

MAHÉ, *Punitive Damages in the Competing Reform Drafts of the French Civil Code*, in MEURKENS, NORDIN, *The Power of Punitive Damages: is Europe missing out?*, Cambridge, 2012.

MARKEL, *Retributive Damages: a theory of Punitive Damages as intermediate sanction*, in 94 *Cornell L. Rev.*, 2009, 239.

MARKESINIS, *The German Law of Obligations, II, The Law of Torts: A Comparative Introduction*, 1997.

MATTEI, *Common Law. Il diritto-angloamericano*, Torino, 1992

Mayne & McGregor on Damages, Londra, 12th ed. 1961.

MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contr. e Impresa*, 2009, 589.

MCCARTHY, *AT v Dulghieru: personal injury - trafficking for sexual exploitation*, in *Journal of Personal Injury Law*, 2009, C195.

MCGREGOR, *In Defence of Lord Devlin*, in the *Modern Law Review*, 1971, 520.

McGregor on Damages, Londra, 2003.

MEURKENS, NORDIN, *The power of punitive damages: is Europe missing out?*, Cambridge, 2012.

MEURKENS, *The Punitive Damages Debate in Continental Europe: Food for Thought?*, in MEURKENS, NORDIN, *The power of punitive damages: is Europe missing out?*, Cambridge, 2012.

MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in *Resp. Civ. e Previdenza*, 2009, 56.

MORGAN, *Reforming Punitive Damages in English Law*, in MEURKENS, NORDIN (a cura di) *The Power of Punitive Damages. Is Europe missing out?*, Cambridge, 2012.

MORLINI, *Il punto sulle spese di lite e la responsabilità per lite temeraria*, in *Responsabilita' Civile e Previdenza*, 2012, 2081.

MORRIS, *Punitive damages in Tort cases*, in 44 *Harvard Law Review*, 1931.

MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, Torino, 2007.

MURPHY, *The Nature and Domain of Aggravated Damages*, in *CLJ*, 2010, 355.

Nota, *Exemplary Damages in the Law of Torts*, in 70 *Harv. L. Rev.*, 517.

NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Resp. Civ. e Previdenza*, 2009, 63.

NAVARRETTA, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in *Responsabilita' Civile e Previdenza*, 2008.

NEILL, RAMPTON, *Duncan & Neill on Defamation*, Butterworth & Co, 1983, 2 ed.

OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*, in *NGCC*, 2007, I, 981.

OLIPHANT, *The Nature and Assessment of Damages*, in Koziol, Schulze (a cura di), *Tort Law of the European Community*, Vienna, 2008.

ORTEGA GONZÁLES, *Punitive damages for Cartel Infringements: Why didn't the Commission grasp the opportunity?*, in MEURKENS, NORDIN (a cura di), *The Power of Punitive Damages: is Europe missing out?*, Cambridge, 2012.

OWEN, *The moral foundations of punitive damages*, in *Alabama Law Review*, 1989, 705.

OWEN, *A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform*, in 39 Vill. L. Rev., 364.

OWEN, *Punitive damages as restitution*, in MEURKENS, NORDIN (a cura di), *The Power of Punitive Damages: is Europe missing out?*, Cambridge, 2012

PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice*, in *Danno e Resp.*, 2007, 1125.

PARDOLESI, *Abusivo sfruttamento di immagine e danni punitivi*, in *Foro It.*, 2011, I, 540.

PARDOLESI, *Violazione del diritto d'autore e risarcimento punitivo/sanzionatorio*, in *Foro It.*, 2011, I, 3073.

PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali. Disgorgement v. punitive damages*, Bari, 2012.

PARDOLESI, *La cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!*, in *Corr. Giur.*, 2012, 1070.

PARKER, *Changing tides: the introduction of Punitive Damages into the French Legal System*, 41 Ga. J. Int'l & Comp. L., 2013, 389.

PERON, *Sul risarcimento del danno non patrimoniale da violazione della privacy*, in *Responsabilita' Civile e Previdenza*, fasc.1, 2013, 225.

PITT-RIVERS, *Honour and Social Status*, in PERISTIANY (a cura di) *Honour and Shame: the Values of a Mediterranean Society*, Chicago, 1966.

POLETTI, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*, in *Resp. Civ. e Previdenza*, 76.

POLINSKY, SHAVELL, *Punitive damages: an economic analysis*, in *Harv. L. Rev.*, 1998, 870.

PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. Dir. Civ.* 1983, I, 435.

PONZANELLI, *L'incostituzionalità dei danni punitivi «grossly excessive»*, in *Foro it.*, 1996, IV, 421.

PONZANELLI, *La «costituzionalizzazione» dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*, in *Foro it.*, 2003, IV, 355.

PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in BUSSANI (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 67.

PONZANELLI, *Danni punitivi: no grazie*, in *Foro it.*, 2007, I, 1460.

PONZANELLI, *I danni punitivi sempre più controllati: la decisione Philip Morris della Corte Suprema americana*, in *Foro It.* 2008, fasc. 3.

PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *NGCC*, 2008, 25.

PONZANELLI, *Non riconoscimento dei danni punitivi nell'ordinamento italiano: una nuova vicenda*, in *Danno e Resp.*, 2009, 92.

PONZANELLI, *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio*, in *Danno e Resp.*, 2012, 609.

PONZANELLI, *Gli attacchi al principio di integrale riparazione del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 1415 B.

PONZANELLI, *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2003, 829.

PORRECA, *La riforma dell'art. 96 c.p.c. e la disciplina delle spese processuali nella l. n. 69 del 2009*, in *Giurisprudenza di Merito*, 2010, 1836.

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'art. 2059 c.c. va in paradiso*, in *Danno e resp.*, 2003, 831.

Proposition de Loi portant réforme de la responsabilité civile, présentée par M. Laurent Bételle, 9 Luglio 2010.

Rapport Cour de Cassation, 2007.

REQUEJO ISIDRO, *Punitive damages from a private international law perspective*, in KOZIOL, WILCOX (a cura di), *Punitive Damages: common law and civil law perspectives*, Vienna, 2009.

REQUEJO ISIDRO, *Punitive damages: how do they look like when seen from abroad?*, MEURKENS, NORDIN (a cura di), *The power of punitive damages: is Europe missing out?*, Cambridge, 2012.

Restatement (Second) of Torts, 1977.

Review of Civil Litigation Costs: Final Report by Sir Rupert Jackson, December 21, 2009.

RIPSTEIN, *Equality, Responsibility and the Law*, Cambridge, 1999.

ROBERTSON, *Constraints on Policy- Based Reasoning in Private Law*, in ROBERTSON, TANG (a cura di), *The Goals of Private Law*, Oxford, 2009, 276.

ROGERS, *Multiple Tortfeasors under English Law*, in ROGERS (a cura di) *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors*, L'Aia, 2004.

ROGERS (a cura di), *Winfield and Jolowicz on tort*, Londra, 2006.

ROSSETTI, *Post nubila phoebus, ovvero gli effetti concreti della sentenza delle sezioni unite n. 26972 del 2008 in tema di danno non patrimoniale*, in *Giust. Civ.*, 2009, 930.

ROTELLI, *Il danno da discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, in *Responsabilit  Civile e Previdenza*, fasc.12, 2008, 2536.

ROTHERHAM, *Deterrence as a Justification for Awarding Accounts of Profits*, in *OJLS*, 2012, 537.

RAMSEY, *Implementation of the costs reforms*, in *C.J.Q.* 2013, 112.

RUSTAD, KOENING, *The historical continuity of punitive damages awards: reforming the tort reformers*, in *42 Am. U. L. Rev.*, 1993, 1284.

RUSTAD, *The Closing of Punitive Damages' Iron Cage*, in *38 Loy. L. A. L. Rev.* 2005, 1297.

SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959.

SALVI, *La responsabilità civile*, in IUDICA ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1998.

SARAVALLE, *I «punitive damages» nelle sentenze delle Corti europee e dei tribunali arbitrali*, in *Riv. Dir. Internaz. Priv. proc.*, 1993, 867.

SCALISI, *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009.

SCHLUETER, *Punitive Damages*, sixth ed., 2010

SCHWARTZ, *Deterrence and Punishment in the Common Law of Punitive Damages: a comment*, in 56 *S. Cal. L. Rev.*, 1982–1983, 139.

SCHWARTZ, BEHRENS, MASTROSIMONE, *Reining in Punitive Damages "Run Wild" Proposals for Reform by Courts and Legislatures*, in 65 *Brook. L. Rev.*, 1999, 1003.

SCHWARTZ, PEIFER, *Prosser's Privacy and the German Right of Personality: Are Four Privacy Torts Better than One Unitary Concept?*, in 98 *Cal. L. Rev.*, 2010, 1925.

SCOGNAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Responsabilita' Civile e Previdenza*, fasc.12, 2007.

SEBOK, *Symposium Private Law, Punishment, and Disgorgement, Introduction: What does it mean to say that a remedy punishes?*, in 78 *Chi.-Kent L. Rev.*, 2003, 3.

SEBOK, *What Did Punitive Damages Do? Why Misunderstanding The History of Punitive Damages Matters Today*, in *Ch. Kent Law Review*, 2003.

SEBOK, *Punitive Damages in the United States*, in Koziol, Wilcox, *Punitive damages: common law and civil law perspectives*, Vienna, 2009, 163.

SEBOK, *The U.S. Supreme Court's theory of common law punitive damages: an inauspicious start*, in Meurkens, Nordin, *The Power of Punitive Damages. Is Europe missing out?*, Cambridge, 2012, 133.

SEBOK, *After Philip Morris v. Williams: What is left of the "Single-Digit" Ratio?*, in 2 *Charleston Law Review*, 2008, 287.

SEBOK, WILCOX, *Aggravated Damages*, in KOZIOL, WILCOX (a cura di), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Vienna, 2009, 266.

SEDGWICK, *A Treatise on the Measure of Damages; or an Inquiry into the Principles which Govern the Amount of Pecuniary Compensation Awarded by Courts of Justice*, 8th ed., vol. I, New York, 1891.

SERANI, *Il caso "Vieri" e il danno non patrimoniale da lesione della privacy del calciatore*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, fasc.2, 2013, 1072.

SERIO, *Studi Comparatistici sulla responsabilità civile*, Torino, 2007.

SERIO, *Il ricorso alle legal categories nell'esperienza del diritto privato inglese*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2010, 511.

SERIO, *La tutela della parte adempiente: il principio di effettività del rimedio risarcitorio e la sua attuazione negli ordinamenti nazionali*, in *Europa e Diritto Privato*, 2010, 1073.

SHARKEY, *Punitive damages as societal damages*, in 113 *Yale L.J.*, 2003, 347.

SHAVELL, *Punitive Damages for Deterrence: When and How Much?*, in 40 *Ala. L. Rev.*, 1989, 1143.

SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge/Mass., 2003.

SILVESTRI, *Punitive damages: ultimo atto? La sentenza Exxon Shipping Co. v. Baker* (in margine a U.S. Supreme Court, 25 giugno 2008), in *Int'l Lis*, 2008, 166.

SKINNER, *Freedom of expression, subsidiarity and "no win no fee" agreements: MGN Limited v United Kingdom*, in *E.H.R.L.R.* 2011, 329.

STELLA, *Responsabilità civile e risarcimento dei danni per diffamazione a mezzo stampa*, in *NGCC*, 1997.

STEYN, ABBOTTS, *MGN Ltd v United Kingdom - ECHR condemns excessive success fees*, in *Ent. L.R.*, 2011, 125.

- STOLL, *Penal Purposes in the Law of Tort*, in 18 *Am. J. Comp. L.*, 1970, 1.
- STOLL, *The General Right to Personality in German Law*, in MARKESINIS (a cura di), *Protecting Privacy*, Oxford, 1999.
- STREET, *Principles of the Law of Damages*, Londra, 1962.
- SUNSTEIN ET AL., *Assessing Punitive Damages (with Notes on Cognition and Valuation in Law)*, in 107 *Yale L.J.*, 1998, 2071.
- SUNSTEIN, REID, PAYNE, SCHKADE, VISCUSI, *Punitive Damages: How Juries Decide*, Chicago, 2002.
- TARUFFO, *Rethinking the Standards of Proof*, in 51 *Am. J. Comp. Law*, 2003, 659 .
- TERRÉ (a cura di), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Parigi, 2011.
- TETTENBORN, *Punitive Damages - A View from England*, in 41 *San Diego Law Review*, 2004, 1551.
- TETTENBORN, WILBY, BENNETT, *The Law of Damages*, 2003.
- TRIMARCHI, *L'arricchimento derivante da atto illecito*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Giuffrè, 1994, 1147.
- VANLEENHOVE, *Punitive Damages and European Law: Quo Vademus?*, in MEURKENS, NORDIN (a cura di), *The Power of Punitive Damages: is Europe missing out?*, Cambridge, 2012.
- VARUHAS, *Exemplary damages: "public law" functions, mens rea and quantum*, in *Cambridge Law Journal*.
- VELJANOVSKI, *CAT awards triple damages, well not really: Cardiff Bus, and the dislocation between liability and damages for exclusionary abuse in follow-on damage actions*, in *European Competition Law Review*, 2013, 47.
- VINEY, *Le "principe général" posé par l'article 1382 du code civil et la fonction de "peine privée" de la responsabilité civile*, in *La Semaine Juridique - Edition générale* 11 décembre 1996.
- WEIR, *A casebook on tort*, Londra, 1st. ed., 1967.

WELLS, *A Common Lawyer's Perspective on the European Perspective on Punitive Damages*, in *La. L. Rev.*, 557.

WESTER, OUISSE, *Thiede, Punitive Damages in France: A New Deal?*, in 3 *JETL*, 2012, 115 .

WILCOX, SEBOK, *Aggravated Damages*, in KOZIOL, WILCOX (a cura di), *Punitive damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Vienna, 2009, 257.

WILCOX, *Punitive damages in the Armoury of Human Rights Arbiters*, in MEURKENS, NORDIN, *The Power of Punitive Damages. Is Europe Missing out?*, Cambridge, 2012, 499.

WILSHIRE, *Double Jeopardy: Exemplary Damages and Criminal Proceedings*, in *Auckland University Law Review*, 2000 – 2003, 177.

WISEMAN, KIRCHER, *Punitive Damages Law and Practice*, 2d. ed., 2013.

WRAGG, *Time to end the tyranny: Leveson and the failure of the fourth estate*, in *Communications Law*, 2013, 11.

ZIPURSKY, *A theory of punitive damages*, in 84 *Tex. L. Rev.*, 2005, 105.

ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*, in *Resp. Civ. e Previdenza*, 94.

Casi giurisprudenziali citati

Australia

Australian Consolidated Press Ltd v Uren [1969] 1 AC 590 (PC).

Uren v John Fairfax & Sons Pty Ltd (1966) 117 CLR 118 (HCA).

Whitfield v De Lauret & Co. Ltd, (1920) 29 CLR 71.

Bahamas

Atain Takikota v Attorney General & Others (Bahamas) [2009] UKPC 11.

Canada

Fidler v Sun Life Assurance Co of Canada [2006] SCC 30.

Vorvis v Insurance Corporation of British Columbia (1989) 58 DLR (4th) (SCC).

Whiten v. Pilot Insurance Co., [2002] S.C.J. No. 19.

Francia

Cour de Cassation, 18 décembre 1995, 1Bull. civ. II, n° 314.

Cour de Cassation, 1re civ., 5 Novembre 1996, Bull. civ. I, no. 378.

Cour de Cassation, Dec. 1, 2010, Bull. civ. II, No. 248.

TGI Nanterre, 1re ch., 25 avr. 2000.

Germania

BVerfG, 24 gennaio 2007, JZ, 2007, 1046.

BGH 4 giugno, 1992, 13 ZIP 1256 (1992), 45 [NJW] 3096 (1992), BGHZ 118, 312.

BGHZ 13, 334; 7 NJW 1404, 1405 (1954).

BGHZ, 6 giugno 1955, 18, 149.

BGH 19.9.1961, BGHZ 35, 363.

Inghilterra

AB v. South West Water Services, [1993] Q.B. 507.

Albion Water Limited v D r Cymru Cyfyngedig, [2010] CAT 30.

Albion Water Limited v D r Cymru Cyfyngedig, [2013] CAT 6.

Al-Rawas v Pegasus Energy Limited, [2008] EWHC 617 (QB).

Anton Piller KG v Manufacturing Processes Ltd. and Others, [1976] 2 W.L.R. 162.

Archer v. Brown [1985] 1 QB 401, 435.

Ashby v. White (1703) 2 Ld.Raym. 938.

AT, NT, ML, AK v Gavril Dulghieru, Tamara Dulghieru [2009] EWHC 225 (QB).

Attorney General v Blake, [2001] 1 A. C. 268.

Bell v The Midland Railway Company, (1861) 10 CBNS 287.

Benson v. Frederick, 97 Eng. Rep. 1130 (K.B. 1766).

Bhatnagar and Elanrent v Whitehall Investments, [1996] CLY 3790.

Borders (UK) Ltd & Others v Commissioner of Police of the Metropolis & Another, [2005] EWCA Civ 197.

Bradford City Metropolitan Council v Arora, [1991] 2 Q.B. 507.

Broadway Approvals Ltd. v Odhams Press Ltd. (No. 2) [1965] 1 WLR 805.

Broome v. Cassell, [1971] 2 Q.B. 354.

Broome v Cassell & Co Ltd (No.1), [1972] A.C. 1027.

Bruce v. Rawlins, 95 Eng. Rep. 934 (C.P. 1770).

Columbia Picture Industries Inc. and Others v Robinson and Others, [1987] Ch. 38.

Collins Stewart Ltd. and another v Financial Times Ltd. [2005] EWHC 262.

Connor v Chief Constable of Cambridgeshire (1984), Times, 11 Aprile.

Daniels v Thompson [1998] 3 NZLR 22.

Desmond v Bower [2009] EWCA Civ 667.

Devenish Nutrition Ltd v Sanofi-Aventis SA and others, [2008] 2 W.L.R. 637.

E. Hulton & Co. v. Jones [1910] A.C. 20, H.L.(E.).

Forde v. Skinner, 172 Eng. Rep. 687 (Horsham Assizes 1830).

Forsyth-Grant v Allen [2008] EWCA Civ 505.

George v Metropolitan Police Comr (1984) Times, March 31.

Grey v. Grant, 95 Eng. Rep. 794 (C.P. 1764).

Honda Canada Inc. v. Keays 2008 SCC 39.

Huckle v. Money, (1763) 2 Wil's KB 205.

John v Mirror Group Newspapers Ltd. [1997] QB 586.

Kenny v Preen [1963] 1 QB 499.

Kralj v McGrath [1986] 1 All ER 54.

Kuddus v. Chief Constable of Leicestere, (2001) UKHL 29, (2002) AC 122.

Lancashire County Council v Municipal Mutual Insurance Ltd [1996] 3 WLR 493.

Ley v. Hamilton (1935) 153 L.T. 384, H.L.(E.).

Loudon v Ryder, [1953] 2 Q.B. 202.

Makanjuola v Metropolitan Police Comr, (1989), 8 Agosto.

Manson v. Associated Newspapers [1965] 1 W.L.R.

Maxwell v Pressdram Ltd. (No. 2) (1986) Times, 22 November.

McCarey v. Associated Newspapers Ltd. (No. 2) [1965] 2 Q.B. 86.

McMillan v Singh (1985) 17 HLR 120.

Miloslavsky v United Kingdom (1995) 20 EHRR 442.

Ministry of Defence v Ms K Fletcher, 2009 WL 3122429.

Mosley v News Group Newspapers Limited 2008 WL 2872466.

Muuse v Secretary of State for the Home Department, [2010] EWCA Civ 453.

Nottinghamshire Healthcare NHS trust v News Group Newspapers Ltd [2002] EWHC 409 (Ch).

Perera v Vandiyar [1953] 1 WLR 672.

Perry v Scherchen [2002] 1 P & CR DG 8.

Practice statement (Judicial Precedent) [1966] 1 W.L.R. 1234, [1966] 3 All E.R. 77 (H.L.E.).

R v Secretary of State ex parte Factortame Ltd. (No. 5) [1998] All ER 736.

R. v Reading Justices Ex p. South West Meat Ltd, in Criminal Law Review, 1992, 672.

Rantzen v Mirror Group Newspapers Ltd [1994] QB 670.

Reid and Reid v Andreou [1987] (CLY) 2250.

Riches and Others v. News Group Newspapers Ltd, [1986] Q.B. 256.

Rookes v Barnard and Others, [1964] A.C. 1129.

Rowlands v Chief Constable of Merseyside Police [2007] 1 W.L.R. 1065.

Sears v. Lyons, 171 Eng. Rep. 658 (K.B. 1818).

Shendish Manor Limited v Coleman, 2001 WL 753413.

Sutcliffe v Pressdram Ltd. [1991] 1 Q.B. 153.

Thompson v Commissioner of Police of the Metropolis ed Hsu v Commissioner of Police of the Metropolis [1998] Q.B. 498.

2 Travel Group Plc (In Liquidation) v Cardiff City Transport Services Ltd, [2012] CAT 19.

Treadaway v. Chief Constable of West Midlands (1994), Times, 25 Ottobre.

Tullidge v. Wade, 95 Eng. Rep. 909 (C.P. 1769).

Virgo Fidelis Senior School v Boyle, [2004] I.C.R. 1210.

Ward v James [1966] 1 QB 273 CA.

Warner v. Southern Pacific Co. (1896) 113 Cal. 105.

Watkins v Secretary of State for the Home Department and others, [2006] 2 W.L.R. 807.

White v Metropolitan Police Comr (1982) Times, 24 Aprile.

Wilkes v. Wood, (1763) Lofft. 1.

Williams v. Settle [1960] 1 W.L.R. 1072.

Wright v. British Railways Board [1983] 2 A.C. 773.

Young v. Bristol Aeroplane Co.[1944] K.B. 718 (C.A.).

Italia

Corte di Cassazione, 23 gennaio 1980, n. 543.

Corte di Cassazione, 12 marzo 1984, n. 1680.

Corte di Cassazione, 14 aprile 1980, n. 2214.

Corte di Cassazione, 5 aprile 1984, n. 2215.

Corte di Cassazione, 11 gennaio 1988, n. 67.

Corte di Cassazione, 19 febbraio 1991, n. 1709.

Corte di Cassazione, 13 dicembre 1999, n. 13928.

Corte di Cassazione, SS.UU., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828.

Corte di Cassazione, 19 gennaio 2007, n. 1183.

Corte di Cassazione, SS.UU., 11 novembre 2008, nn. 26972 e 26975.

Corte di Cassazione, 11 maggio 2010 n. 11353.

Corte di Cassazione, 15 aprile 2011, n. 8730.

Corte di Cassazione, 12 settembre 2011, n. 18641.

Corte di Cassazione, 8 febbraio 2012, n. 1781

Corte di Cassazione, 20 novembre 2012, n. 20292.

Corte di Cassazione, 3 ottobre 2013, n. 22585.

Corte Costituzionale, 2 febbraio 1982, n. 18.

Corte Costituzionale, 18 luglio 1983, n. 214.

Corte Costituzionale, 14 luglio 1986, n. 184.

Corte Costituzionale, 27 ottobre 1994, n. 372.

Corte Costituzionale, 11 luglio 2003, n. 233.

Corte Costituzionale, 24 ottobre 2007, n. 349.

Corte d'Appello Venezia, 15 ottobre 2001.

Corte d'Appello di Trento, Sezione dist. di Bolzano, 16 agosto 2008, n. 151.

Corte d'Appello di Torino, Sez. I, 29 settembre 2009.

Corte d'Appello di Roma, Sez. III, 14 giugno 2011.

Tribunale di Napoli, 22 marzo 1996.

Tribunale di Genova, 3 settembre 2001.

Tribunale di Milano, Sezione X, in data 3 settembre 2012, n. 9749.

Nuova Zelanda

A v Bottrill (New Zealand) [2002] UKPC 44.

Taylor v Beere [1982] 1 NZLR 81.

Spagna

Miller Import Corp. v. Alabastros Alfredo, S.L., STS, 13 novembre 2001, Exequatur n 2039/1999.

Stati Uniti d'America

Alcorn v. Union Pacific R.R. Co., 50 S.W.3d 226 (Mo. 2001).

Alexander v. Meduna, 2002 WY 83, 47 P.3d 206 (Wyo. 2002).

Ayala v. Washington, 679 A.2d 1057 (D.C. 1996).

Bass v. Railway Co, 36 Wis. 450; 39 Wis. 636; 42 Wis. 654.

Beck v. Thompson, 31 W. Va. 459.

BMW of North America, Inc. v. Gore, 517 U.S. 559 (1996).

Brandon v. Anesthesia & Pain Management Associates, Ltd., 277 F.3d 936 (7th Cir. 2002).

Brown v. Swineford, 44 Wis. 282.

Browning-Ferris Indus. of Vt., Inc v Kelco Disposal, 492 U.S.257 (1989).

Cabakov v. Thatcher, 37 N.J. Super. 249, 117 A.2d 298 (App. Div. 1955).

Chagnon v. Union Leader Corp., 103 N.H. 426, 174 A.2d 825 (1961).

Cheatham v Pohle, 789 N.E.2d 467 (Ind. 2003).

Cheney v. Palos Verdes Inv. Corp., 104 Idaho 897, 665 P.2d 661 (1983).

Ciraolo v. City of New York, 216 F.3d 236.

City of Monterey v. Del Monte Dunes at Monterey, Ltd., 526 U.S. 687.

Cloroben Chem. Corp. v. Comegys, 464 A.2d 887, 892 (Del. 1983).

Cooper Industries, Inc., Petitioner V. Leatherman Tool Group, Inc., 532 U.S. 424.

Daka, Inc. v. Breiner, 711 A.2d 86 (D.C. 1998).

Darcars Motors of Silver Spring, Inc. v Borzym, 150 Md. App. 18, 818 A.2d 1159 (2003).

Dardinger v. Anthem Blue Cross & Blue Shield, 98 Ohio St. 3d 77, 2002-Ohio-7113, 781 N.E.2d 121 (2002).

Day v Woodworth 13 How. 363 (1852).

Ditto v. McCurdy, 86 Haw. 84, 947 P.2d 952 (1997).

Eddy v McGinnis, 523 N.E.2d 737, 740 (Ind. 1988).

Estate of Farrell ex rel. Bennett v. Gordon, 770 A.2d 517 (Del. 2001).

Evans v. Dean Witter Reynolds, Inc., 116 Nev. 598, 5 P.3d 1043 (2000).

Exxon Shipping Co., et al., Petitioners v. Grant Baker, et al., 554 U.S. 471.

Fay v. Parker, 53 N. H., 342.

Feltner v. Columbia Pictures Television, Inc., 523 U.S. 340.

Finstad v W.R. Grace & Co., 2000 MT 228, 301 Mont. 240, 8 P.3d 778 (2000).

Fisher Properties, Inc., v. Arden-Mayfair, Inc., 106 Wn. 2d 826, 726 P.2d 8 (1986).

Flesner v. Technical Communications Corp., 410 Mass. 805, 575 N.E.2d 1107(1991).

Fowler Butane Gas Co. v Varner, 244 Miss. 130, 141 So. 2d 226, 233 (1962).

Fuller v. Preferred Risk Life Insurance Co., 818 P. 2d 262, (Colo. 1991)

Giaccio v Pennsylvania, 382 U.S. 399 (1966).

G.J.D. by G.J.D. v. Johnson, 552 Pa. 169, 713 A.2d 1127 (1998).

Green Oil Co. v. Hornsby, 539 So. 2d 218, (Ala. 1989).

Guste v. M/V Testbank, 752 F.2d 1019 (5th Cir.1985).

Griff, Inc. v. Curry Bean Co., Inc., 138 Idaho 315, 63 P.3d 441 (2003).

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

Grynberg v. Citation Oil & Gas Corp., 1997 SD 121, 573 N.W.2d 493 (S.D. 1997).

Harris v. L & L Wings, Inc., 132 F.3d 978 (4th Cir. 1997).

Hemenway v. Peabody Coal Co., 159 F.3d 255 (7th Cir. 1998).

Hendrickson v. Kingsbury, 21 Iowa, 379.

Hodges v S.C. Toof & Co., 833 S.W.2d 896,(Tenn. 1992).

Honda Motor Co v Oberg, 512 U.S. 415 (1994).

International Broth. of Elec. Workers v Foust, 442 U.S. 42, 99 S. Ct. 2121, 60 L. Ed. 2d 698 (1979).

Jackson v. Johns-Manville Sales Corp., 781 F.2d 394, 403 (5th Cir.).

Kelsey v. Connecticut State Emp. Ass'n, 179 Conn. 606, 427 A.2d 420 (1980).

Kewin v. Massachusetts Mut. Life Ins. Co., 409 Mich. 401, 295 N.W.2d 50, 55 (Mich. 1980).

Kirk v. Denver Publ'g Co., 818 P.2d 262 (Colo. 1991).

Laidlaw Transit, Inc. v. Crouse ex rel. Crouse, 53 P.3d 1093 (Alaska 2002).

Larsen Chelsey Realty Co. v. Larsen, 232 Conn. 480, 656 A.2d 1009, (1995).

Liebeck v. McDonald's Restaurants, P.T.S., Inc., No. D-202 CV-93-02419, 1995 WL 360309 (Bernalillo County, N.M. Dist. Ct. August 18, 1994).

Life Insurance Co. of Georgia v. Johnson (Johnson I), 684 So. 2d 685, 687 (Ala.).

Lira v. Shelter Ins. Co., 913 P.2d 514 (Colo. 1996).

Mar Oil, S.A. v. Morrissey, 982 F.2d 830 (2d Cir. 1993).

Masaki v. General Motors Corp., 71 Haw .1, 780 P.2d 566 (1989).

Medlock v. Ortho Biotech, Inc., 164 F.3d 545 (10th Cir. 1999).

Mississippi Power & Light Co. v. Cook, 832 So. 2d 474 (Miss. 2002).

Morganroth & Morganroth v. DeLorean, 123 F.3d 374

Mosing v Domas, 830 So. 2d 967 (La. 2002), 974.

McKinnon v. Kwong Wah Restaurant, 83 F.3d 498, 34 Fed. R. Serv. 3d 445.

Nissen v. Hobbs, 417 P.2d 250.

Oberg v Honda Motor, 320 Ore. 544; 888 P.2d 8

Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip, 499 U.S. 1 (1991).

Parker v. Artery, 889 P.2d 520 (Wyo. 1995).

Pegram v. Stortz, 31 W. Va. 220.

Peisner v. Detroit Free Press, Inc., 104 Mich. App. 59, 304 N.W.2d 814, (1981).

Peter X & Julie Y v Fountain Pajot, 26 febbraio 2003, no 837722 – 1.

Philip Morris Inc. v. Angeletti, 358 Md. 689, 752 A.2d 200 (2000).

Phillips v. General Motors Corp., 2000 MT 55, 298 Mont. 438, 995 P.2d 1002 (2000).

Philip Morris USA v Williams, 549 U.S. 346.

Picard v. Barry Pontiac-Buick, Inc., 654 A.2d 690 (R.I. 1995).

Poeppel v. Fisher, 175 Mont. 136, 572 P.2d 912 (1977).

Porter v. Turner, 954 A.2d 308, Del. 2008.

Quigley v. Central P. R.R. Co., Nev. 350.

Rice v. Certain Teed Corp (1999), 84 Ohio St.3d 417.

Roberts v. Pierce, 398 F.2d 954, 957 (C.A.5, 1968).

Robinson v. Mack Trucks, Inc., 426 N.W.2d 220, (Minn. Ct. App. 1988).

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

Ross v. Conoco, Inc., 02-0299, (La. 10/15/02), 828 So. 2d 546.

Sebastian v Wood, 246 Iowa 94; 66 N.W.2d 841.

SHV Coal, Inc. v Continental Grain Co., 586 Pa. 489, 587 A.2d 702 1991.

Sistrunk & Co. v. Meisenheimer 205 Ky. 254; 265 S.W. 467.

Smith v. Miliken, 247 Ga. 369, 276 S.E.2d 35 (1981).

Smith v. Wade, 461 U.S. 30, 59 (1983).

Smith v. Whitaker, 160 N.J. 221, 734 A.2d 243 (1999).

So. Life & Health Ins. Co. v Whitman, 358 So.2d 1025, (Ala.1978).

Soares v. Ann & Hope of Rhode Island, Inc., 637 A.2d 339 (R.I. 1994).

State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell, 538 U.S. 408, (2003), 416.

State ex rel. New Mexico State Highway and Transp. Dept. v. Baca, 120 N.M. 1, 896 P.2d 1148 (1995).

Summers ex rel. Dawson v. St. Andrew's Episcopal School, Inc., 759 So. 2d 1203, 145 Ed. Law Rep. 830 (Miss. 2000).

Taber v Hutson, 5 Indiana Reports (Ind.) 323, 323 (1854).

Toole v Richardson-Merrell Inc, 251 Cal. App. 2d 689 (1967).

Torres v. El Paso Elec. Co., 1999-NMSC-029, 127 N.M. 729, 987 P.2d 386 (1999).

Tramill v. United Parcel Service, 10 Fed. Appx. 250 (6th Cir. 2001).

Travelers Indem. Co. v. Armstrong, 442 N.E.2d 349, 360 (Ind. 1982).

Txo Production Corp., v Alliance Resources Corp., Et Al., 509 U.S. 443 (1993).

Union P. R.R. Co. v. Hause, 1 Wyo. 27.

U.S. v Balistrieri, 981 F.2d 916 (7th Cir. 1992).

United States v Carrol Towing Co 159 F2d 169 (2d Circ 1947).

Van Lom v. Schneiderman, 187 Ore, 89, 210 P.2d 461 (1949).

Veselenak v. Smith, 414 Mich. 567, 327 N.W.2d 261, 264 (Mich. 1982).

VECO, Inc. v. Rosebrock, 970 P.2d 906 (Alaska 1999).

Watson v. Dixon, 352 N.C. 343, 532 S.E.2d 175, 146 Ed. Law Rep. 555 (2000).

Willcox v Hines, 100 Tenn 524, 45 SW 781.

St. Lucia

Horace Fraser Appellant v Judicial and Legal Services Commission and the Attorney General of Santa Lucia, Privy Council Appeal No 116 of 2006.

Svizzera

S.F. Inc. v T.C.S. AG, Basler Juristische Mitteilungen (BJM) 1991, 31.

Trinidad and Tobago

Attorney General of Trinidad and Tobago v. Romanoop [2005] UKPC 15.

Unione Europea

M. Helen Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority [1993], CGE C-271/91.

Nils Draehmpaehl v Urania Immobilienservice OHG [1997] C-180/95.

Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen [1984], CGE, C-14/83.